

UNIVERSIDADE PARANAENSE - UNIPAR

MELISSA MARINO

EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS:

UMA VISÃO PROSPECTIVA DA JURISDIÇÃO CIVIL

UMUARAMA
2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

MELISSA MARINO

EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS:

UMA VISÃO PROSPECTIVA DA JURISDIÇÃO CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Paranaense – UNIPAR – Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Jônatas Luiz
Moreira de Paula.

UMUARAMA
2007

MELISSA MARINO

EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS: UMA VISÃO PROSPECTIVA DA JURISDIÇÃO CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Paranaense – UNIPAR – Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, conferida pela Banca Examinadora formada pelos Professores Doutores:

Orientador: _____

Professor Doutor Jônatas Luiz Moreira de Paula

Examinador: _____

Professor Doutor Paulo Roberto de Souza

Examinador: _____

Professor Doutor Vicente de Paula Marques Filho

Umuarama, 24 de fevereiro de 2007.

Aos meus pais Mário e Gisela; ao meu irmão Mayco; e ao meu orientador Prof. Dr. Jônatas Luiz Moreira de Paula, sem eles não seria possível a realização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

- A Deus, por tudo o que tem me proporcionado.
- Aos meus pais Mário e Gisela, sem eles nada seria possível.
- Ao meu irmão, Mayco, pelo incentivo em todos os momentos.
- Ao Professor Doutor Jônatas Luiz Moreira de Paula, incansável orientador, zeloso coordenador do curso de mestrado da Universidade Paranaense e exemplo de postura profissional, pelas pertinentes críticas, disponibilidade irrestrita e fundamentais diretrizes para o desenvolvimento do trabalho.
- Ao Professor João Carlos de Oliveira Júnior, que além do auxílio incondicional, me incentivou a cursar o mestrado.
- A saudosa Professora Doutora Mariulza Franco, pelo exemplo de mestre, mulher e profissional.
- Aos demais Professores do Curso de Mestrado, que bem desempenharam a arte de ensinar.
- Aos colegas e amigos, pelo convívio e aprendizado constante.
- Aos funcionários da secretaria do mestrado, pelos imprescindíveis serviços.
- A todos os que contribuíram, de alguma maneira, para a concretização deste trabalho.

Descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva.

(Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*)

MARINO, Melissa. **Efetivação dos direitos sociais prestacionais**: uma visão prospectiva da jurisdição civil. 2007. Dissertação. Mestrado em Direito Processual e Cidadania. Universidade Paranaense – UNIPAR. Umuarama, 2007.

RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo analisar as possibilidades de atuação do Poder Judiciário brasileiro em busca de uma maior concretização dos direitos fundamentais enquadrados na categoria “direitos sociais prestacionais”, com relevo aos direitos subjetivos públicos à saúde, educação e assistência social, diante da omissão dos Poderes Políticos eleitos pelo sistema representativo. Questiona-se a legitimidade democrática de decisões judiciais que pretendam exercer controle e elaboração de políticas públicas vinculadas a esses direitos fundamentais. Como método hermenêutico enfoca-se a técnica da ponderação disciplinada pelo princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. A dignidade da pessoa humana transparece como condicionante da atuação estatal e como núcleo da hermenêutica prospectiva. A partir destas matizes, constata-se a atual necessidade de se repensar o “princípio da supremacia do interesse público”. Adotam-se as categorias críticas do direito e a interdisciplinaridade como bases científicas e metodológica. Além das dimensões procedimental e instrumental do processo civil, é preciso relevar sua função axiológica e política, com vistas à promoção da justiça social e à democratização da sociedade brasileira. Nesse contexto, a garantia de amplo acesso à Justiça torna-se importante canal de participação democrática e de reivindicações sociais. A postura crítica da Jurisdição assume especial relevo devido ao retrocesso social que a era da globalização e as políticas neoliberais têm causado em países como o Brasil. Por ser o processo o instrumento da Jurisdição, buscam-se processuais aptas a tutelar os direitos sociais prestacionais de forma adequada e efetiva, com real satisfação do direito no plano fático. Visualiza-se a adoção do conjunto de normas integrantes do “estatuto das tutelas específicas” atualmente disseminadas na legislação pátria como técnicas processuais eficazes para tutela dos direitos materiais em tela.

Palavras-chave: Direitos sociais prestacionais. Democracia. Dignidade humana. Processo. Transformação social. Tutela específica.

MARINO, Melissa. **Efetivação dos direitos sociais prestacionais**: uma visão prospectiva da jurisdição civil. 2007. Dissertação. Mestrado em Direito Processual e Cidadania. Universidade Paranaense – UNIPAR. Umuarama, 2007.

RESUMEN

Esta disertación objetiva analizar las posibilidades del Poder Judicial brasileño en búsqueda de una mayor concretización de los derechos fundamentales encuadrados en la categoría “derechos sociales prestacionales”, poniendo atención a los derechos subjetivos públicos de la salud, educación y asistencia social, frente a la omisión de los Poderes Políticos elegidos por el sistema representativo. Se cuestiona la legitimidad democrática de decisiones judiciales que buscan ejercer el control y la elaboración de políticas públicas vinculadas a esos derechos fundamentales. Como método hermenéutico se utiliza la técnica de ponderación disciplinada por el principio de la proporcionalidad y el principio de la razonabilidad. La dignidad de la persona humana trasparece como condicionante de la actuación estatal y como núcleo de la hermenéutica prospectiva. A partir de estos matices se constata la actual necesidad de repensarse el “principio de la supremacía del interés público”. Se adoptan las categorías críticas del derecho y la interdisciplinariedad como bases científicas y metodológicas. Además de la dimensiones procedimentales e instrumental del proceso civil, es necesario revelar su función axiológica y política, objetivando promover la justicia social y la democratización de la sociedad brasileña. En ese contexto, la garantía de amplio acceso a la Justicia se vuelve un importante medio de participación democrática y de reivindicaciones sociales. La postura crítica de la Jurisdicción asume especial relieve debido al retroceso social que la era de la globalización y las políticas neoliberales han causado en países como Brasil. Por ser el instrumento de la Jurisdicción, se buscan técnicas procesales aptas a tutelar los derechos sociales prestacionales de forma adecuada y efectiva, con real satisfacción del derecho en el plan fáctico. Se visualiza la adopción del conjunto de normas integrantes del “estatuto de las tutelas específicas” actualmente diseminadas en la legislación patria como técnicas procesales eficaces para la tutela de los derechos materiales expuestos.

Palabras-clave: Derechos sociales prestacionales. Democracia. Dignidad humana. Proceso. Transformación social. Tutela específica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL.....	15
1.1 Elementos estruturantes da Constituição Federal de 1988: breve relato.....	15
1.2 Qual democracia?.....	22
1.3 Direitos Fundamentais.....	29
1.3.1 Direitos de defesa.....	34
1.3.2 Direitos a prestações.....	37
1.4 Direitos sociais prestacionais.....	39
1.4.1 Direitos subjetivos públicos?.....	43
1.4.1.1 Ainda sobre os beneficiários dos direitos sociais prestacionais.....	51
1.4.2 Particularidades sobre o dever de prestar assistência social.....	61
1.4.2.1 O idoso.....	67
1.4.2.2 O portador de deficiência.....	70
1.5 Técnica da ponderação e princípio da proporcionalidade.....	75
1.5.1 Princípio da razoabilidade.....	80
1.5.2 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	84
1.5.3 Princípio da supremacia do interesse público.....	89
1.5.3.1 Uma releitura do “princípio” da “supremacia” do interesse público.....	94
2 DOGMATISMO JUDICIAL E PRÁXIS JUDICIAL PROSPECTIVA (A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO).....	98
2.1 Racionalismo e ideologia no processo civil.....	107
2.1.1 O dogma da completude.....	112
2.1.2 O dogma da neutralidade.....	116
2.2 Interdisciplinaridade.....	120
2.3 Perspectivas do processo civil.....	125
2.3.1. Acesso à Justiça e participação democrática.....	133
3 PRÁXIS JURISDICIONAL E TRANSFORMAÇÃO DA REALIDADE SOCIAL.....	138
3.1 Globalização e políticas neoliberais no Brasil.....	138
3.2 Atual estrutura do Estado brasileiro.....	146
3.3 O papel político da Jurisdição.....	151
3.4 Políticas públicas e direito: um contexto interdisciplinar.....	154
3.4.1 Vinculação orçamentária e controle.....	156
3.4.2 A reserva do possível e o mínimo existencial.....	163
3.5 Diferença entre práxis prospectiva e arbitrária: limites à atuação jurisdicional.....	168
4 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS.....	179
4.1 Direito processual privado x direito processual público.....	179
4.2 Técnica processual e tutela dos direitos sociais prestacionais.....	184
4.3 A tutela específica.....	190
4.3.1 Ação individual.....	198
4.3.2 Ação civil pública.....	202
4.4 Tutelas de urgência contra o Poder Público.....	211
4.4.1 Tutela antecipada.....	217
4.4.1.1 Do reexame necessário.....	221
4.4.1.2 Do sistema do precatório.....	223

4.4.2 Limites a inefetividade da tutela de urgência	226
4.5 Medidas executivas	230
4.5.1 A multa	233
4.5.2 Medidas executivas sub-rogatórias ou atípicas contra o Poder Público?	237
CONSIDERAÇÕES FINAIS	244
REFERÊNCIAS	249

INTRODUÇÃO

A preocupação com a efetivação dos direitos sociais decorre da existência de grande dívida estatal para com a sociedade brasileira. A omissão inconstitucional dos poderes políticos eleitos conjugada com a adoção de políticas neoliberais acarretam um distanciamento dos compromissos assumidos com a promulgação da Constituição Federal de 1988, um aumento da exclusão social e, com isso, verdadeiro *déficit* democrático no país.

Devido à consagração constitucional de verdadeiros direitos subjetivos públicos como a educação, a saúde e a assistencial social, o grande desafio é conter os abusos causados pela inércia estatal no cumprimento de seu dever prestacional. Ademais, os próprios fins e objetivos do Estado brasileiro delineados no art. 3º, CF, por si só determinantes de um fazer estatal: promover, erradicar, garantir, demonstram que a preocupação atual distancia-se da ideologia liberal clássica, onde o papel do Estado ficava adstrito a uma abstenção, a um não-fazer, pois tido como maior inimigo da(s) liberdade(s) individual(ais).

Todavia, a justiciabilidade dos direitos sociais a prestações materiais é controvertida. Dentre os argumentos desfavoráveis está a impossibilidade de intervenção judicial para realização de políticas públicas por ser esta atividade estatal regida pela discricionariedade dos poderes políticos eleitos, consistindo afronta ao princípio da separação das funções ou poderes do Estado. Ademais, invoca-se a necessidade da prévia previsão orçamentária e disponibilidade material de recursos para concretização de prestações desta natureza, o que impediria de plano a intervenção judicial para implementação de políticas públicas de caráter social.

Não obstante, dogmas como a função *apolítica* do Poder Judiciário e a neutralidade do juiz enraizados pela teoria da tripartição dos poderes de concepção “Montesquiana”, dentre outros, perdem força perante decisões dotadas de efetividade, adequadas aos anseios da sociedade e compromissadas com os princípios fundamentais e

objetivos assumidos pelo Estado brasileiro a partir da promulgação do “pacto social” de 1988. O inegável pluralismo social, político e jurídico existente em tempos atuais requerer uma atuação prospectiva por parte dos magistrados e de todos os operadores do Direito, em especial quando se tratar de outorgar maior eficácia e efetividade aos direitos sociais prestacionais. Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana e a teoria do mínimo existencial têm importante papel a cumprir na hermenêutica prospectiva.

Para tanto é necessário romper, epistemologicamente, com ideologias existentes na metodologia e ciência jurídica tradicional que impeçam uma *práxis* judicial prospectiva tendente a transformar a realidade social com a adequada e efetiva (re)distribuição e circulação de bens e riquezas, sendo o dogma da neutralidade e a pretensa função apolítica da Jurisdição provas disto. Em síntese, faz-se mister um repensar crítico acerca da teoria tradicional do Direito, do papel da Jurisdição e do processo.

Não obstante a preocupação constitucional em dotar o sistema de instrumentos processuais aptos a tornar a concretização dos direitos sociais uma realidade, e não mera “promessa constitucional insequente” ou mero ideário político, como exemplo a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, não se tem como negar, passados quase vinte anos da promulgação da Constituição Federal, não terem estas ações plena efetividade na prática. Isto porque os direitos fundamentais que requerem uma prestação positiva por parte do Estado não raro carecem seja prestada a tutela jurisdicional de forma célere, adequada e efetiva, sob pena de acarretarem violação do próprio direito à vida e à existência digna do cidadão.

Visualiza-se, porém, a consagração do “estatuto das tutelas específicas” pelo sistema processual pátrio como importantes técnicas processuais capazes de propiciar a devida tutela dos direitos sociais prestacionais previstos como verdadeiros direitos subjetivos públicos, ou então quando já regulamentada a norma constitucional pelo legislador ordinário

mas não implementados os direitos no plano fático. A efetividade do cumprimento do dever estatal na forma específica ou a garantia de seu resultado prático equivalente ao adimplemento, ademais, torna-se latente diante da possibilidade de sua imposição mediante tutelas de urgência, conforme previsão do §3º do art. 461 do CPC. Ainda, cláusulas processuais abertas, como a previsão de medidas executivas atípicas, outorgam maior amplitude de poderes ao juiz e funcionam como importantes técnicas processuais capazes de levar ao adimplemento da prestação específica.

A legitimidade da Jurisdição para exercer controle de políticas públicas ou para concretização de direitos fundamentais sociais com base diretamente no texto constitucional decorre de uma visão substancialista da democracia, assumindo-se abertamente, assim, o desempenho de uma função política pelo Poder Judiciário, sendo esta a razão de se pretender uma análise prospectiva, e não dedutiva, da práxis jurisdicional.

O que se pretende, por fim, é fomentar o debate; e não apresentar conclusões.

1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL

1.1 Elementos estruturantes da Constituição Federal de 1988: breve relato

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, rompe com o regime militar que perdurava no país desde 1964¹ ao adotar um regime democrático e nova ordem jurídico-política destinada a resguardar, dentre outros direitos e valores axiológicos, o exercício *dos direitos sociais e fundamentais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social*², além de estabelecer como fundamentos do Estado Democrático de Direito, em seu art. 1º e incisos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Além da democracia representativa (indireta), assegura a democracia participativa (direta), ao possibilitar o exercício direto da soberania popular, conforme art. 1º,

¹ Conforme lição de Paulo Bonavides de Paes de Andrade pode-se considerar a Constituição Federal de 1988 marco de verdadeira ruptura com as instituições estabelecidas pois, apesar de não revolucionária, “nem por isso a ruptura deixa de ser a nota precedente do quadro constituinte instalado em 1987, visto que ela se operou na alma da Nação, profundamente rebelada contra o mais longo eclipse das liberdades públicas: aquela noite de 20 anos sem parlamento livre e soberano, debaixo da tutela e violência dos atos institucionais, indubitavelmente um sistema de exceção, autoritarismo e ditadura cuja remoção a Constituinte se propunha fazê-lo, como em rigor o fez, promulgando a Constituição ora vigente. [...] Pedia-se o fim daquela ruptura prolongada que fora a chamada “revolução permanente” do golpe de Estado de 1964, cuja derradeira tempestade, ainda em plena vigência do AI-5, se concretizou com o célebre “pacote” de 29 de abril de 1977, do presidente Geisel”. (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 8ª ed., Brasília: OAB Editora, 2006, p. 455).

² Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na íntegra: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

parágrafo único, com previsão de instrumentos para exercício direto do poder pelo povo: plebiscito, referendo e iniciativa popular (art. 14, inc. I, II, III, respectivamente)³.

A democracia participativa é assegurada, ainda, através da possibilidade de participação e controle na formulação e execução das políticas públicas, a exemplo da previsão expressa do art. 204, inc. II, da CF, na área de assistência social. Bem se vê, desta forma, a plena compatibilidade de exercício da democracia representativa, exercida por meio de representantes eleitos pelo povo, com a democracia participativa, através da qual os cidadãos brasileiros podem intervir, diretamente, na tomada de decisões políticas⁴.

A Constituição Federal consagra, ainda, no Título I – Dos Princípios Fundamentais – a separação dos poderes (art. 2º); os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º); os princípios norteadores de suas relação internacionais (art. 4º). Consagra, na seqüência, uma vasta gama de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas (art. 5º), sociais (arts. 6º ao 11), nacionais (arts. 12 e 13) e políticos (arts. 14 a 17), considerada uma das constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à consagração de direitos e garantias fundamentais⁵. E não é só. Ao elencar em seu corpo referidos direitos e garantias fundamentais não o faz taxativamente, pois além dos direitos explicitamente reconhecidos admite existirem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou de tratados internacionais de que o Brasil seja parte (§ 2º, art. 5º).

³ Conforme José Cretella Jr.: “Pela primeira vez, na história do direito constitucional brasileiro, o exercício do poder é realizado de modo direto pelo povo que, desse modo, assume o duplo papel de representante e representado, o que configura o “auto-exercício” do poder, verdadeiro “mandato em causa própria”, pela unificação de mandante e mandatário, no que toca ao “exercício do poder”. (CRETILLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*: artigos 1º a 5º, LXVII. Vol I, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 145-146).

⁴ Assim anota Eduardo Appio: “O grau de sucesso de uma política pública depende, portanto, da combinação dos modelos representativo e participativo de democracia, os quais devem funcionar de modo complementar, garantindo a legitimidade das decisões governamentais através de mecanismos que aproximem governantes e governados em torno do núcleo da Constituição, os direitos fundamentais” (APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 167)

⁵ Conforme Flávia Piovesan, que ainda discorre: “Ressalte-se, ainda, a influência no constitucionalismo brasileiro das Constituições alemã (Lei Fundamental – *GrundGesetz*, 23 de maio de 1949), portuguesa (2 de abril de 1976) e espanhola (29 de dezembro de 1978), na qualidade de Constituições que primam pela linguagem dos direitos humanos e da proteção à dignidade humana”. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. (Neo)Constitucionalismo: Ontem, os códigos; hoje, as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, vol. 1, n. 2., p. 89).

Constata-se, assim, forte carga principiológica no âmbito da Constituição Federal brasileira, consubstanciados em valores supremos como a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, o que dota todo o sistema jurídico brasileiro de valores éticos e axiológicos⁶, norteado por exigências promocionais da justiça social⁷ e do bem-estar coletivo. Com efeito, erigiu em seu art. 3º como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I); garantir o desenvolvimento nacional (inc. II); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inc. III) e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inc. IV).

Eros Roberto Grau⁸ ao discorrer sobre a Constituição de 1988 afirma tratar-se de uma Constituição dirigente⁹ voltada à transformação da sociedade, transformação esta que apenas será promovida quando se reconhecer os objetivos albergados no seu art. 3º, supra

⁶ “A luz desta concepção, infere-se que o valor da cidadania e dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico de cada nação, mas sim, notadamente, como o seu principal referencial de justiça”. (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. In: *(Neo)Constitucionalismo: Ontem, os códigos; hoje, as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, vol. 1, n. 2, p. 92).

⁷ A *justiça social*, segundo Eros Roberto Grau, é termo indeterminado e não designa meramente uma espécie ou modalidade de “justiça”, sendo que, “inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista”. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 240-241).

⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 233-234.

⁹ Uma nota quanto à “Constituição dirigente” deve ser feita, posto se ter constantemente discutido entre doutrinadores brasileiros frase de J.J. Gomes Canotilho que se tornou célebre: que a “constituição dirigente morreu”. Porém Canotilho em recente artigo, lembrando que o preâmbulo da Constituição Portuguesa de 1976 pretendia “abrir caminho para uma sociedade socialista” e que seu art. 1º impunha à República de Portugal empenho na “sua transformação numa sociedade sem classes” e o artigo 2º atribua o “objectivo de assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder das classes trabalhadoras” e ainda o art. 10º (hoje suprimido) identificava os sujeitos encarregados de contar e realizar a grande récita: “a aliança entre o movimento das Forças Armadas e os partidos e organizações democráticos assegura o desenvolvimento pacífico do processo revolucionário” e por sua vez “o desenvolvimento do processo revolucionário impõe, no plano económico, a apropriação coletiva dos principais meios de produção”, assim se justifica: “[...] Entenda-se: morreu a “Constituição metanarrativa” da transição para o socialismo e para uma sociedade sem classes. O *sujeito* capaz de contar com a récita e empenhar-se nela também não existe (“aliança entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos e organizações democráticos”). O sentido da “morte” fica, pois, esclarecido. Só esta “morte” estava no alvo da nossa pontaria”, anota o mestre lusitano. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado Adjetivo e a Teoria da Constituição. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n.º 5, Belo Horizonte: Del Rey, p. 152, jan./jul.2005).

mencionado, como fundamentos da reivindicação de concretização de políticas públicas tendentes ao fornecimento de prestações positivas à sociedade. A função primordial do Estado brasileiro, ademais, vem consagrada no art. 170 da CF, que em seu *caput* estatui como finalidade precípua da ordem econômica nacional assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Portanto, na ordem jurídico-política brasileira o princípio da justiça social conforma a concepção de existência digna que, além de compor um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), consiste no fim a ser realizado pela ordem econômica¹⁰. Neste contexto, são impostos deveres promocionais aos Poderes Públicos em áreas como a educação, saúde, cultura, previdência e assistência social¹¹, visando o bem-estar da população e a justiça social, conforme se depreende do Título VIII – Da Ordem Social – que estabelece em seu primeiro dispositivo, art. 193: *A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e justiça sociais.*

A Constituição Federal de 1988 representa, assim, uma ordem democrática-social caracterizada pelo desapego a concepções rígidas e extremadas de dualidade entre sociedade e Estado tal qual ocorre na ideologia que repulsa a intervenção estatal na esfera privada do indivíduo e na iniciativa privada, concepção ideológica do liberalismo; ou então pela erradicação das desigualdades sociais através da completa estatização dos meios de produção, eliminação da propriedade privada e plena intervenção do Estado nas áreas econômica e social, concepção ideológica do socialismo.¹² Conforme ensinamentos de Miguel Reale, a democracia-social (ou participativa) conjuga em unidade três valores complementares: o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, este despido de seu papel de mito capaz de tudo resolver, passando a consistir apenas *instrumento mediador ou de repasse de*

¹⁰ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 240.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. In: *(Neo)Constitucionalismo: Ontem, os códigos; hoje, as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, vol. 1, n. 2, p. 92.

¹² Sobre o assunto: BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

*bens e riquezas arrecadados através de impostos e taxas, visando atingir a justiça social que não pode ficar à mercê de meras competições individuais e grupalistas.*¹³

Ainda nas lições de Miguel Reale a ordem democrática-social não exclui a possibilidade de o Estado assumir responsabilidade de certas empresas por razões de segurança nacional, falta de recursos privados ou ainda por motivos de justiça social, mas, em contrapartida, e tendo sempre a dignidade da pessoa humana como valor primeiro, deverá considerar ser a iniciativa privada a que mais se harmoniza com os ideais da liberdade e democracia.¹⁴ Neste sentido é o disposto no art. 173, *caput*, CF: o Estado apenas deve atuar nas atividades de exploração econômica por relevante interesse coletivo ou segurança nacional, isto é, *se e quando* necessário.

Por fim, passa a vigorar no país um Estado Constitucional¹⁵ que atribui nova roupagem ao princípio da legalidade ao qual se agrega um *plus* representado pelo adjetivo “substancial” ou “material”, para significar que diferentemente do que ocorria durante o Estado Liberal (ou Legislativo) a interpretação jurídica deve observar primeiramente as normas constitucionais, não mais a lei (infraconstitucional) como demonstra José Luiz Cea

¹³ REALE, Miguel. *Liberdade e Democracia*: Em torno do Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 8-9.

¹⁴ REALE, Miguel. *Liberdade e Democracia*: Em torno do Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 9.

¹⁵ No direito norte-americano, sistema onde o constitucionalismo é fortalecido desde os primórdios através do maior ativismo da Suprema Corte (lembre-se o famoso e sempre citado caso *Marbury vs Madon* de 1803), encontra-se em escritos de Thomas Cooley, de 1880: “A Constituição pois não desaparece nunca ante tractado ou acto algum; nem muda com o tempo, nem em theoria se dobra á força das circumnstancias. Póde ser reformada de accordo com o que ella própria dispõe; mas emquanto subsiste em seu todo, ella é “uma lei para os governantes e para os governados, tanto na guerra como na paz, e, com o escudo da sua protecção ampara todas as classes sociaes, em todos os tempos e em quaesquer circumstacias”. Portanto os seus principios não pódem ser postos de lado sob o pretexto de que assim convem para fazer frente a uma supposta necessidade creada pelas grandes crises: “Nenhuma doutrina capaz das mais perniciosas conseqüências, jamais engendrou o espirito humano como aquella, segundo a qual qualquer de suas disposições póde ser suspensa em virtude das grandes exigências governamentais. Tal doutrina conduz directamente, ou á anarchia ou ao despotismo; a theoria da necessidade, em que basêa, é falsa, porque o Governo tem, na Constituição, todos os poderes necessários á preservação da sua existencia, como felizmente provou com o resultado obtido contra o grande esforço feito para abater-lhe a juta authority”. (COOLEY, Thomas MacIntyre. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Tradução de Alcides Cruz. 2ª ed., reprodução fac-similar parcial da ed. de 1909, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 68)

Egaña¹⁶, o que ocorre devido ao reconhecimento da “força normativa da Constituição”, como precursora Konrad Hesse¹⁷, e se consubstancia em princípios como o da supremacia da Constituição e da interpretação conforme a Constituição.¹⁸ Importa frisar que este *plus à legalidade* representado pelo adjetivo material significa que hoje não basta simples subsunção formal à Constituição para se imprimir legalidade e validade a toda ordem jurídica, sendo necessária a correlação material (de conteúdo) entre as normas vigentes no ordenamento jurídico infraconstitucional com as normas constitucionais, a partir do qual se dotará a ordem jurídica da devida *legitimidade*.¹⁹

Ainda o caráter dirigente e compromissório da Constituição Federal de 1988, em especial o dever de promoção dos objetivos e diretrizes traçados no seu art. 3º, acrescido de valores axiológicos e direitos fundamentais, acarreta verdadeira transformação na concepção de Direito e de Jurisdição em decorrência da quebra paradigmática destes conceitos em suas concepções dogmáticas e atribuição de novas funções sociais e políticas. Conforme ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho:

Se o Estado Constitucional Democrático não se identifica com um Estado de Direito formal reduzido a simples ordem de “organização” e de “processo”, e visa legitimar-

¹⁶ “Igualmente abatido resultado el dogma rousseauiano de la infalibilidad del legislador, derivado de ser el representante de la voluntad general. Penosamente demostrado quedo, en los más diversos países y culturas, que la norma legal fue convertida en instrumento de su autor, vulnerando la dignidad y los derechos inherentes a la naturaleza humana, sin castigo por ello. Lo que falta hoy, sin embargo, es desprender las consecuencias de esse cambio de centralidad en el régimen jurídico, por ejemplo, para resolver los conflictos de acuerdo con la Constitución y después, sólo si es necesario, subsidiariamente con la ley”. (EGAÑA, José Luiz Cea. Transformaciones del derecho público contemporáneo. *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*. n° 5, Belo Horizonte: Del Rey, p. 202, jan./jul.2005).

¹⁷ Nas palavras de Konrad Hesse: “[...] A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. [...] Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”. E prossegue mais adiante: “[...] A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões do poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder (*Machtfragen*)”. (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24 e 27).

¹⁸ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A Jurisdição no Estado Contemporâneo*. in: *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 14.

¹⁹ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 96).

se como um Estado de justiça (social), histórico-concretamente realizável (e não simplesmente como Estado de razão ou de direito abstrato), o problema reconduz-se sempre à concepção de “justiça social”, erguida em “fator” de legitimação constitucional²⁰.

Implementada nova ordem democrática de direito no Brasil e verificado o surgimento do fenômeno hermenêutico conhecido como *constitucionalização do Direito*²¹ faz-se mister proceder a re-adequação de conceitos e institutos jurídico-dogmáticos herdados do direito liberal clássico aos valores axiológicos da Constituição Federal, pois conforme se pode *depreender de seus princípios fundamentais, que consagram fins sociais e econômicos em fins jurídicos, a “Constituição de 1988 é voltada à transformação da realidade brasileira”*.²² Assim, instituído novo modelo de Estado, também o Direito adquire nova função.

Esta é a primeira premissa metodológica do presente estudo, visto ser através das lentes constitucionais que se pretende (re)ver e (re)ler criticamente a dogmática tradicional e as matérias atinentes ao tema proposto: limites e efetividade da tutela jurisdicional que imponha ao Poder Público uma obrigação de fazer, consistente em um agir (comissivo) por parte do Estado-administrador para efetivação de direitos sociais a prestações fáticas.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 24.

²¹ Destaca-se lição do doutrinador chileno José Luis Cea Egaña: “En resumen, este fenómeno universal grandioso consiste en que hemos pasado de la soberanía de la ley a la supremacía de la Constitución; del Instrumento de Gobierno a la Carta Fundamental humanista y axiológica. Por virtud de tal fenómeno, nuestra civilización se eleva desde la legalización formal del ordenamiento jurídico a la constitucionalización sustantiva del Derecho; de la Carta Fundamental como enunciado programático de reglas escritas a la Constitución en cuanto expresión de valores positivizados, con la cualidad propia de las más importante fuente del Derecho. Dotada de fuerza normativa inmediata y vinculante para el legislador, ahora el Código Político compele al juez sumido en contiendas de Derecho privado a convertirse en outro, identificado con una Judicatura para resolver también litigios que involucran al Estado y decidirlos a favor de los ciudadanos. En fin, del fracaso del control partidista del Parlamento sobre la constitucionalidad de las leyes, hemos avanzado, llegando a la Judicatura Constitucional en el mundo democrático. (EGAÑA, José Luiz Cea. Transformaciones del derecho público contemporáneo. *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*. n° 5, Belo Horizonte: Del Rey, p. 203-204, jan./jul.2005).

²² STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. *A constitucionalização do Direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. ANDRADE, André (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 25.

1.2 Qual democracia?

Como visto o Brasil adota tanto a democracia participativa, ao possibilitar o exercício direto do poder pelo povo, quanto a democracia representativa, na qual o poder político é exercido através de representantes eleitos diretamente por ele, nos termos dispostos nos arts. 1º e 14 da CF.²³ A democracia representativa significa, em síntese, *que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte mas por pessoas eleitas para essa finalidade*²⁴, de modo que as decisões políticas do país, de interesse de toda a coletividade, são deliberadas pelos representantes eleitos periodicamente pelo sufrágio universal e auferidas pela regra da maioria.²⁵

²³ A cidadania, conforme preleciona José Carlos Moreira da Silva Filho, é normalmente analisada em duas dimensões estáticas: a *cidadania em sentido amplo*, que é identificada com a nacionalidade do indivíduo, e a *cidadania ativa*, exercida por aqueles que detêm direitos políticos e também pode ser denominada cidadania política. Identifica-se, assim, a cidadania política como elemento fundante da democracia representativa. Todavia, prossegue o autor, “é preciso afirmar que o direito de votar e ser votado não é algo desprezível, muito pelo contrário; contudo, restringir o conceito de cidadania apenas a essa dimensão é ideologizá-lo. [...] A identificação da cidadania política plena como o elemento fundante da democracia representativa, na medida em que esgota o conceito de participação da sociedade no espaço público, revela-se uma das principais causas da própria crise do sistema representativo. Tal cidadania, apesar de oferecer visíveis canais de contestação ao poder político instituído, figura, em última instância, como uma concessão do Estado, como um espaço por ele criado e regulado. Sua função precípua é legitimar a dominação política e social do capitalismo. Isso sem falar que, principalmente em países periféricos, onde boa parte dos eleitores se encontra enfraquecida pela sua situação de exclusão social (o que inclui a ausência de educação básica), a manipulação eleitoral realizada por aqueles que detêm maior poderio econômico, pela larga utilização da mídia e de campanhas ao estilo “pão e circo”, revela-se uma realidade incontestável. Urge, portanto, ampliar o conceito de cidadania, situando na sociedade a sua criação e regulação”. (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Filosofia jurídica da alteridade: por uma aproximação entre o pluralismo jurídico e a filosofia da libertação Latino-Americana*. 1ª ed.-2ª tir., Curitiba: Juruá, 2000, p. 194-196).

²⁴ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 10ª ed., tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 56.

²⁵ Sobre a regra da maioria os ensinamentos de Celso Fernandes Campilongo: “É certo que o critério das maiorias pode ser utilizado em dois planos: no primeiro, a aplicação da regra resulta na escolha de legisladores e governantes, diretamente pelo povo; no segundo, a regra é adotada como técnica decisória no parlamento, nos ministérios, nos órgãos colegiados em geral. Definir o âmbito de inclusão do “povo” – quem deve decidir? – pode parecer, em princípio, um problema intenso na democracia direta, na qual o povo controla toda a agenda política. Ocorre que na democracia representativa, em todas as esferas, a questão continua relevante. Quer pelo valor simbólico da representação, quer pela lealdade supostamente existente na relação representantes/representados, a decisão majoritária carrega consigo, mesmo nas práticas indiretas, esse elemento enigmático: quem escolhe?” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 46).

Em termos gerais a democracia, segundo Paulo Bonavides, *é aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto – a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo de todo o poder legítimo.*²⁶ Da análise da definição apresentada é possível extrair os elementos procedimentais do regime democrático. A democracia decorre, assim, da soberania popular²⁷, sendo possibilitado que o poder político seja exercido diretamente pelo povo²⁸ ou através de seus representantes eleitos pelo sufrágio universal.

Fala-se atualmente em duas dimensões da democracia: a democracia procedimental (formal) e a democracia substantiva (material). A *democracia formal*, consistente na forma de aquisição e exercício do poder (forma de governo), representada em um conjunto de determinações procedimentais para aferição da legitimidade do poder. Assim, *o mero atendimento parlamentar das formalidades de “escolha” de representantes e das formalidades de “decisão” é o suficiente para legitimar uma e outra [...] não importando se conduziram ou não a resultados socialmente desejados ou indesejados.*²⁹ Karl Deutsch, apesar de adepto à legitimidade substancial, bem sintetiza a legitimidade procedimental:

O conceito de legitimidade é aplicado usualmente ao modo como um governo, governante, funcionário público tenha conseguido alcançar a sua posição. A posse

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 17.

²⁷ Forma de governo tornada célebre na frase de Lincoln: “governo do povo, pelo povo e para o povo”, fórmula esta que José Joaquim Gomes Canotilho considera *um modo de justificação “positiva” da democracia*. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 285).

²⁸ Contudo é preciso ater-se, mesmo que brevemente, na noção de povo. O “povo” imaginado inicialmente como um corpo formado por vários indivíduos soberanos (uma cabeça, um voto) em uma sociedade *centrípeta*, é transmutado nos atuais Estados democráticos, onde a realidade mostra uma sociedade *centrífuga*, na qual sujeitos politicamente relevantes tornaram-se sempre mais os grupos, grandes organizações, associações das mais diversas ideologias, e sempre menos os indivíduos, conforme leciona Norberto Bobbio: “Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais um soberano, o povo ou a nação, composto por indivíduos que adquiriram o direito de participar direta ou indiretamente do governo, na qual não existe mais o povo como unidade ideal (ou mística), mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes, com a sua relativa autonomia diante do governo central (autonomia que os indivíduos singulares perderam ou só tiveram num modelo ideal de governo democrático sempre desmentido pelos fatos)”. (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 10ª ed., tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 35-36).

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 42.

deste é designada de legítima se o incumbente foi colocado em seu cargo ou serviço por um processo “legítimo” – por um processo que aqueles que governam considerem compatível com a configuração de seus próprios valores. De acordo com este ponto de vista, a posse de cargo é legítima por causa da maneira como ele o obteve, não por causa do que faz com ele. Em algumas culturas políticas, as regras de sucessão hereditária determinam quem é o governante legítimo; nas monarquias medievais havia grandes disputas acerca de quem era o legítimo herdeiro ao trono. Nos Estados Unidos ou na União Soviética, ao contrário, o fato de ser filho ou parente próximo do chefe do governo não fundamenta, por si só, qualquer pretensão a cargo político e pode até levantar suspeitas da prática legítima de nepotismo³⁰.

Ao invés, a *democracia substancial*, ensina Norberto Bobbio, consistente no regime caracterizado pelos fins ou valores em direção aos quais um determinado grupo político tende e opera³¹. Segundo Karl Deutsch trata da substância do que existe ou do que é feito em política, e não apenas do processo através do qual é obtido o poder político³². A democracia substancial aponta, assim, para uma legitimação através do conteúdo das decisões políticas, e que no atual Estado Constitucional é legitimada pela observância das finalidades do Estado democrático de direito e dos direitos fundamentais³³.

Em síntese, o debate acerca da legitimidade das decisões que envolvam questões políticas centra-se, basicamente, em duas teorias distintas: procedimentalista e substancialista. Ambas contam com adeptos expoentes na doutrina. A primeira corrente – procedimentalista – aufere a legitimidade das decisões pelo procedimento e supõe que a observância dos parâmetros formais fixados para desenvolvimento do procedimento que leva à decisão é a mais adequada para se dar legitimidade ao exercício do poder, como ocorre

³⁰ DEUTSCH, Karl Wolfgang. *Política e Governo*. 2.ª ed., Tradução Maria José da Costa Félix Matoso Miranda Mendes. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 33.

³¹ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 12ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 157.

³² DEUTSCH, Karl Wolfgang. *Política e Governo*. 2.ª ed., Tradução Maria José da Costa Félix Matoso Miranda Mendes. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 33.

³³ Celso Fernandes Campilongo discorrendo sobre as aporias da regra da maioria, sintetiza ser “ridículo submeter os direitos fundamentais ao escrutínio do maior número. A regra da maioria tem um limite claro: não é legítima – nem ela nem nenhuma outra -, para condicionar, suprimir ou reduzir os direitos essenciais da pessoa humana. Aliás, os direitos humanos, na tradição revolucionária liberal, possuíam essa mesma conotação: instrumento de proteção de indivíduos e grupos minoritários contra os abusos do Estado. Hoje, além dessa dimensão, os direitos humanos são os direitos sociais, igualmente incorporados à tradição da democracia social”. (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53). Também Paulo Fernando Silveira: “Nem poderia ser de outra forma, pois que, numa democracia, há de prevalecer, na elaboração das leis, o interesse da maioria, sem prejuízo dos direitos e garantias fundamentais outorgados pela Constituição a todos, inclusive às minorias, a serem resguardadas pelo Poder Judiciário. (SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal* (due process of law). Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 135)

através da regra da maioria. Esta corrente tem como corifeus Niklas Luhmann³⁴ e Jürgen Habermas³⁵.

A segunda corrente – substancialista – encontra no próprio conteúdo da decisão a base para sua legitimidade. Desta forma, o ato normativo ou executivo será legítimo se estiver em consonância com os valores e aspirações sociais³⁶ e, no atual Estado Constitucional, será legítima a decisão que estiver em conformidade com o conteúdo material

³⁴ Niklas Luhman, ao tratar de sua “legitimação pelo procedimento”, infere que as decisões mais adequadas e iguais são obtidas por parâmetro estritamente formais: “Devido à elevada complexidade e variabilidade dos sistemas sociais da comunidade, a legitimação do poder político já não pode ceder a uma moral apresentada de forma natural, antes de ser aprofundada no próprio sistema político. É, portanto, legítimo, como Bourricaud oportunamente formula, “un pouvoir qui accepte ou même qui institue son propre procès de légitimation” (um poder que aceita ou que até institui o seu próprio processo de legitimação). Além disso tem de se assegurar que decisões obrigatórias sejam consideradas como premissas do comportamento, sem que se possa especificar com antecedência quais as decisões concretas que serão tomadas. A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento do consenso” (LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 31).

³⁵ Jürgen Habermas por seu turno entende que a dialética comunicativa, a argumentação que formará o conteúdo da decisão, deve ocorrer em momento anterior à própria decisão, a qual apenas será legítima se obtida através da racionalidade do procedimento: “Entre os procedimentos decisórios, a regra da maioria (qualificada, de acordo com certas exigências) é particularmente importante, porque a “racionalidade procedimental” que se atribui a ela (associada ao caráter discursivo dos aconselhamentos precedentes) confere força legitimadora às decisões da maioria. Decisões democráticas de maioria tratam de criar censuras em um processo argumentativo (temporariamente) interrompido sob risco de se tomar uma decisão e cujos resultados podem ser aceitos com base para uma prática obrigatória, também pela minoria derrotada nas votações. Pois a aceitação factual não significa que a minoria tivesse de aceitar o conteúdo dos resultados como sendo racional, ou seja, que ela tivesse de *modificar* suas convicções. O que ela pode fazer, no entanto, é aceitar por certo tempo a opinião da maioria como orientação obrigatória para sua ação, desde que o processo democrático lhe reserve possibilidade de dar continuidade à discussão interrompida, ou então retomá-la, bem como a possibilidade de mudar a situação da maioria em virtude de argumentos (supostamente) melhores. A regra da maioria deve sua força legitimadora a uma racionalidade procedimental “incompleta” mas “pura”, no sentido de Rawls. Ela é incompleta porque o processo democrático está instituído de tal maneira que *dá direito* a suportar resultados racionais, sem poder garantir a correção dos resultados (o que ocorre, por exemplo, em um procedimento perfeito ligado a um caso em particular). Por outro lado, trata-se de um caso de justiça procedimental pura, porque no processo democrático não se pode dispor de quaisquer critérios de correção *independentes* do procedimento e porque a correção das decisões depende tão-somente do cumprimento factual do procedimento”. (HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 317). E ainda: “Quando nos apoiamos numa teoria procedimental, a legitimidade de normas jurídicas mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 290).

³⁶ “É fundamental a observação, neste ponto, de que o *direito posto* não legitima o interesse e as aspirações sociais; as aspirações sociais e interesse social é que legitimam o direito (= *direito posto*). Isso importa lembrarmos Von Ihering (1884/424): “O direito existe em função da sociedade; não a sociedade em função do direito””. (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros editores, 2000, p. 60)

das normas constitucionais. Dentre os ativistas desta corrente está como visto o próprio Karl Deutsch³⁷, Mauro Cappelletti³⁸, Ronald Dworkin³⁹ e John Rawls⁴⁰.

³⁷ “O conceito de legitimidade proposto neste livro é mais vasto. [...] Este uso mais amplo do conceito de legitimidade aproxima-se daquilo que muitos têm denominado *justiça* – pela qual querem significar a compatibilidade de uma ação ou prática política com a configuração de valores prevalentes numa dada comunidade. No nosso livro, os termos “legítimos” e “justo” serão usados de modo permutável. As pessoas acham que um governo é justo ou injusto, legítimo ou ilegítimo, não só pelo modo como chegou ao poder mas também – e principalmente – pelo que faz. Se suas ações ou omissões violam os seus valores básicos, podem concluir como Sto. Agostinho, na *Cidade de Deus*, que “um governo sem justiça é um grande roubo”. (DEUTSCH, Karl Wolfgang. *Política e Governo*. 2.ª ed., Tradução Maria José da Costa Félix Matoso Miranda Mendes. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 33).

³⁸ Em uma de suas passagens, Mauro Cappelletti: “[...] no es menos fundamental y concreta la legitimidad de los jueces, puesto que está – o al menos está potencialmente – profundamente enraizada em los “casos y controversias” cotidianos, es decir em las necesidades, las aspiraciones, las pretensiones y las exigências cotidianas de la sociedad.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional*. in: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Tradução Luis Aguiar de Luque e Maria Gracia Rubio de Casas. FAVOREU, Luis (Org.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 630). E ainda ao discorrer sobre a promoção dos direitos sociais: “[...] tenha-se presente que os “direitos sociais” – típico produto jurídico do Estado social ou de *welfare* – são caracterizados pelo fato de que não têm natureza, por assim dizer, puramente normativa; eles são “promocionais” e projetados no futuro, exigindo para sua gradual realização a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado. Na proteção de tais direitos, o papel do juiz não pode, absolutamente, limitar-se a decidir de maneira estática o que é agora legítimo ou ilegítimo, justo ou injusto; ao contrário, constitui freqüente responsabilidade do juiz decidir se determinada atividade estatal, mesmo quando largamente discricionária – ou a inércia, ou em geral dado comportamento dos órgãos públicos -, está *alinhada* com os programas prescritos, freqüentemente de maneira um tanto vaga, pela legislação social e pelos direitos sociais.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 22).

³⁹ Ronald Dworkin, assim discorre: “[...] Podemos afirmar que a natureza dessa prerrogativa é óbvia, porque é sempre mais justo permitir que uma maioria, e não uma minoria, decida um problema qualquer. Tal postura, contudo, como tem sido freqüentemente sublinhado, ignora o fato de que as decisões a respeito dos direitos contra a maioria não são questões que devam, por razões de equidade, ser deixadas a cargo da maioria. O constitucionalismo – a teoria segundo a qual os poderes da maioria devem ser limitados para que se protejam os direitos individuais – pode ser uma teoria política boa ou má, mas foi adotada pelos Estados Unidos, e não parece justo ou coerente que a maioria julgue em causa própria. Dessa forma, os princípios de justiça parecem posicionar-se contra o argumento derivado da democracia, e não a seu favor”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 222-223. E ainda denota dimensão substancialista ao manifestar: “Qualquer interpretação plausível dos direitos das pessoas segundo a Constituição deve ser complexa o suficiente para tratar tanto do remédio quanto da substância”. (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 465).

⁴⁰ Segundo John Rawls: “A justiça como equidade não é neutra no sentido procedimental. É evidente que seus princípios de justiça são substantivos e expressam muito mais que valores procedimentais, o mesmo acontecendo com suas concepções políticas de sociedade e pessoa, representadas na posição original (II:4-6). Como concepção política, ela pretende ser objeto de um consenso sobreposto, isto é, visão como um todo espera articular uma base pública de justificação para a estrutura básica de um regime constitucional, partindo de idéias intuitivas fundamentais implícitas na cultura política pública e abstraindo das doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes. Procura um terreno comum – ou, caso se prefira assim, um terreno neutro -, dado o fato do pluralismo. Esse terreno comum é a própria concepção política em sua condição de objeto de consenso sobreposto. Mas o terreno comum assim definido não é um terreno procedimentalmente puro”. Assim Rawls entende que as regras procedimentais devem estar fixadas na estrutura básica de um regime constitucional enquanto as regras substanciais em um consenso sobreposto: “Em primeira instância a constituição é vista, portanto, como um procedimento político justo, que incorpora as liberdades políticas iguais e procura assegurar seu valor equitativo de modo que os processos de decisão política estejam abertos a todos numa base aproximadamente igual. A constituição também deve garantir a liberdade de pensamento, para que o exercício dessas liberdades seja autônomo e bem-informado. A ênfase recai, primeiro, em a constituição especificar um procedimento político justo e viável, até esse momento sem quaisquer restrições constitucionais explícitas sobre qual deveria ser o resultado legislativo. Embora os delegados tenham uma noção de legislação justa e efetiva, o

Aufere-se adoção da noção procedimental da legitimidade ainda em teóricos como Hans Kelsen, que apesar de progenitor da teoria piramidal (hierarquização) das normas jurídicas tendo como ápice a Lei Fundamental (*Grundnorm*), extrai da escalonação das normas apenas a noção de validade formal das regras inferiores, isto é, segundo sua doutrina as leis são legítimas e válidas desde que obedecidos parâmetros formais previstos em uma Lei Maior (Constituição) e, por outro lado, apenas poderiam ser invalidadas por um processo formal previamente previsto⁴¹.

Por outro lado, tem-se a adoção da dimensão substancial da legitimidade das leis e atos normativos a partir do ativismo judicial da Suprema Corte dos Estados Unidos, que passa a exercer o poder de revisar a razoabilidade e racionalidade dos atos dos poderes eleitos (legislativo e administrativo) através do desenvolvimento da cláusula do devido processo legal, previstos nas 5ª e 14ª Emendas à Constituição norte-americana, aplicado em uma

segundo princípio de justiça, que faz parte do conteúdo dessa noção, não se incorpora à constituição propriamente dita. Na verdade, a história das constituições econômicas e sociais, e outros princípios distributivos, em geral não são adequados como restrições constitucionais. A melhor forma de chegar à legislação justa consiste, ao que parece, em assegurar-se a equidade na representação e outros dispositivos constitucionais”. (RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed., São Paulo: Ática, 2000, p. 240 e 393). Ao se falar em John Rawls é preciso ater-se para o fato de que sua concepção de igualdade democrática inclui a igualdade equitativa de oportunidades conjugada com o princípio da diferença (*Uma teoria da justiça*. p. 79) para construção e desenvolvimento de uma sociedade bem-ordenada, na qual a “razão pública” de seus membros deve fundar-se na idéia de reciprocidade e justiça social (não o bem individual, egoístico, mas o bem comum) para elaboração de leis razoáveis e racionais: “A idéia de razão pública, tal como a compreendo, faz parte de uma concepção de sociedade democrática constitucional bem ordenada. A forma e o conteúdo dessa razão – a maneira como é compreendida pelos cidadãos e como ela interpreta sua relação política – são parte da própria idéia de democracia. Isso porque uma característica básica da democracia é o pluralismo razoável – o fato de que um pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis e conflitantes, religiosas, filosóficas e morais, é o resultado normal da sua cultura de instituições livres. Os cidadãos percebem que não podem chegar a um acordo ou mesmo aproximar-se da compreensão mútua com base nas suas doutrinas abrangentes irreconciliáveis. Em vista disso, precisam considerar que tipos de razões podem oferecer razoavelmente um ao outro quando estão em jogo perguntas políticas fundamentais. Proponho que, na razão pública, as doutrinas abrangentes de verdade ou direito sejam substituídas por uma idéia do politicamente razoável dirigido ao cidadãos como cidadãos. (RAWLS, John. A idéia de razão pública revista. in: *O Direito dos Povos*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 173-174).

⁴¹ “Se a afirmação corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e enquanto for válida, não pode ser inconstitucional”. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3ª ed., tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974, p. 367-368). Também Karl Larenz discorre que o “[...] conteúdo de uma norma não tem para KELSEN nenhuma importância; basta que a norma tenha sido efectivamente estabelecida da maneira legítima pela norma fundamental correspondente”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 89)

dimensão substantiva, pela qual as leis e atos de governo apenas seriam legítimos se não fossem opressivos, arbitrários ou irrazoáveis em seus conteúdos.⁴²

Neste ínterim, afirma-se que a lei terá legitimidade (distingue-se aqui a legalidade da legitimidade) e validade (material ou social) se estiver em consonância com as aspirações e valores éticos e morais existentes em meio social, viabilizada sua aferição a partir da vontade popular externada com a democracia participativa, e, no Estado Constitucional, também com o conteúdo (fins e valores) das normas constitucionais. Sobre o assunto, ainda lição de Norberto Bobbio:

O princípio destes fins ou valores, adotado para distinguir não mais apenas formalmente mas também conteudisticamente um regime democrático de um regime não democrático, é a igualdade, não a igualdade jurídica introduzida nas Constituições liberais mesmo quando estas não eram formalmente democráticas, mas a igualdade social e econômica (ao menos em parte). Assim foi introduzida a distinção entre a democracia formal, que diz respeito precisamente à forma de governo, e democracia substancial, que diz respeito ao conteúdo desta forma⁴³.

Por certo, a resposta à questão delimitada - qual democracia? - direciona uma maior ou menor possibilidade de revisão judicial das atividades normativas ou administrativas do Estado, inserido o controle judicial e social da implementação de políticas públicas, isto é, a possibilidade de juizes não-eleitos interferirem no regime democrático ao adotarem posturas denominadas contramajoritárias: contrárias às decisões dos poderes políticos democraticamente eleitos pelo povo através da regra da maioria (dimensão procedimental) a partir da revisão ou controle da substância das escolhas políticas feitas pelos representantes populares (dimensão substancial), em especial no que esta opção confrontar o conteúdo das normas constitucionais e os direitos fundamentais.

⁴² O devido processo legal *substantivo*, por sua vez, representa evolução do devido processo legal *procedimental*. A primeira utilização do *substantive due process* ocorreu em 1856, quando o tribunal de Nova York (N.Y v. Wynehamer) invalidou uma lei estadual (que proibia o uso de bebida alcoólica) analisando apenas o conteúdo (a substância) da lei. Conforme preleciona Paulo Fernando Silveira: “Ali se disse, pela primeira vez, que o devido processo, em vez de meramente proteger o modo do procedimento, foi feito para alcançar o conteúdo substantivo da legislação”. (SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal* (due process of law). Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 119).

⁴³ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 12ª ed., tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p.157.

Assim, a Jurisdição Constitucional além de desempenhar papel garantidor da supremacia e da interpretação conforme a Constituição, incluída possibilidade de controle de constitucionalidade da lei, assumiria abertamente uma forma democrática de governo e de participação popular através do processo judicial (visto este ser instrumento daquela). Lembrando-se que *uma democracia perfeita deveria ser ao mesmo tempo formal e substancial. Mas um regime deste gênero pertence, até agora, ao gênero dos futuríveis.*⁴⁴

A questão, apesar de simplista da forma como exposta, sem dúvida não o é, posto implicar revisão de teorias como a própria tripartição dos poderes (ou funções) do Estado, a concepção do que se entende por interesse público e bem comum, sobre o papel do Estado e sua relação com a sociedade civil (deveres e direitos dos cidadãos) e ainda uma necessária interdisciplinaridade entre direito e política, visualizados dentro do contexto social e histórico do observador, o que atualmente torna necessária uma re-leitura ou re-avaliação da própria função do direito e da jurisdição civil em meio a um Estado Constitucional, inserido numa era da globalização econômica e abertura de capitais.⁴⁵

1.3 Direitos Fundamentais

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 12ª ed., tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p.158.

⁴⁵ Sabido que a globalização alcança diversas dimensões que não estritamente econômica. Contudo é poderio econômico do Mercado que mais interessará ao presente estudo, ressaltando que “se a globalização parece trazer maiores problemas do que vantagens aos países do Terceiro Mundo, diminuindo a sua capacidade de manobras para enfrentar seus grandes problemas econômicos e de distribuição de riquezas, radicalizando as dificuldades de acesso às tecnologias de ponta – fator essencial ao desenvolvimento econômico -, pode-se, por outro lado, vislumbrar alguns aspectos positivos deste processo. É possível reconhecer um horizonte mais favorável ao espraiamento de uma consciência normativa internacional comum, ancorada na idéia dos direitos humanos, que passariam a ser entendidos como uma carta mínima de direitos, indispensável à participação dos diferentes Estados nacionais na arena internacional dos países civilizados, afinal, “através do processo da globalização, cuja natureza é mais larga do que a dimensão puramente econômica, nós nos tornamos mais acostumados a uma diferente perspectiva que afina nossa consciência da crescente interdependência de nossas arenas sociais, dos riscos compartilhados, e de uma rede de interdependências dominando nosso destino comum” (HABERMAS). (MAIA, Antônio Cavalcanti. Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia. *Arquivos de direitos humanos*. Vol. 2, MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 70-71).

Não raro as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são tomadas como sinônimos; contudo ambas não se confundem. A expressão “direitos humanos” tem conotação jusnaturalista e representa aqueles direitos considerados válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão universalista); já a expressão “direitos fundamentais” destina-se a indicar quais os direitos humanos garantidos pela ordem constitucional vigente em determinado país e em determinada época⁴⁶. Na lição de Jorge Miranda, os direitos fundamentais são *os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material*⁴⁷.

A garantia dos direitos fundamentais, também conhecidos como direitos mínimos e inalienáveis da pessoa humana⁴⁸, torna-se indispensável para a existência de um Estado de Direito, o que se concebe a partir do surgimento do Estado Liberal clássico como forma de limitação do poder estatal e garantia da liberdade e propriedade⁴⁹. A constitucionalização destes direitos mínimos fez-se necessária para outorgar-lhes supremacia

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 359.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 7.

⁴⁸ Note-se que a Constituição italiana não traz em seu corpo a expressão “direitos fundamentais” mas tão-somente “direitos invioláveis”, conforme lição de Gustavo Zagrebelsky: “Ya ha quedado dicho que la Constiutióon italiana no menciona jamás los derechos fundamentales. Emplea la expresión “derechos inviolables” em artículo 2 [...]”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Tribunal Constitucional Italiano. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. FAVOREU, Luis (Org.). Tradução Luis Aguiar de Luque e Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 418).

⁴⁹ Sobre este primeiro Estado de Direito, também designado de Estado “mínimo” ou Estado *gendarme* (em Kant), Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes: “O liberalismo se apresentou como uma *teoria antiestado*. O aspecto central de seus interesses era o *indivíduo* e suas iniciativas. A atividade estatal, quando se dá, recobre um espectro reduzido e previamente reconhecido. Suas tarefas circunscrevem-se à manutenção da ordem e segurança, zelando que as disputas porventura surgidas sejam resolvidas pelo juízo imparcial sem recurso a força privada, além, de proteger as liberdades civis e a liberdade pessoal e assegurar a liberdade econômica dos indivíduos exercitada no âmbito do mercado capitalista. O papel do Estado é negativo, no sentido da proteção dos indivíduos. Toda a intervenção do Estado que extrapole estas tarefas é má, pois enfraquece a independência e a iniciativa individuais. Há uma dependência entre o crescimento do Estado e o espaço da(s) liberdade(s) individual (is). (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 56). Ainda Manuel García-Pelayo ressalta que, nesse período: “La libertad no tiene un contenido específico, sino que es simplemente la libertad frente a la coacción ilegal”. (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p. 160).

em face de qualquer outra norma infraconstitucional e evitar, assim, a possibilidade de sua supressão pela via legislativa ordinária⁵⁰.

No Brasil, como forma de evitar a alteração ou supressão dos direitos fundamentais disciplinados na Carta Política de 1988, o Constituinte originário os erigiu a cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV), o que torna impossível proposta de reforma ou emenda constitucional que se destine a restringir ou eliminar os direitos fundamentais⁵¹. As cláusulas pétreas constituem, pois, limites materiais ao poder de emendar a Constituição. Neste contexto, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inc. III, da CF, por conferir suporte axiológico a todo o sistema jurídico-político também não pode ser abolido pelo Poder Constituinte derivado⁵². Com efeito, conforme se infere da doutrina de Jorge Miranda, a dignidade da pessoa humana por ser fundamento e fim da sociedade e do Estado, confere *unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais*⁵³.

Não será objeto desta dissertação análise detalhada de todos os direitos fundamentais exarados na Constituição Federal de 1988, porquanto restringir-se-á a trazer à colação enquadramentos classificatórios destes direitos, principalmente sob o ângulo

⁵⁰ Cf. GEBRAN NETO, João Pedro. *A Aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 44.

⁵¹ Sobre a interpretação do sobredito artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal, a lição de Daniel Sarmiento: “No caso brasileiro, nossa Constituição referiu-se apenas aos “*direitos e garantias individuais*” no seu art. 60, §4º, que elenca as cláusulas pétreas, omitindo qualquer alusão aos direitos sociais. Uma interpretação puramente gramatical do dispositivo nos conduzirá à conclusão de que estes últimos não estão protegidos, o que permitiria que o constituinte derivado os eliminasse, ao seu talante. Porém, é possível adotar outra postura exegética para sustentar que também os direitos sociais, pelo menos no seu núcleo irreduzível ligado ao conceito de dignidade da pessoa humana, encontram-se ao abrigo da sanha do poder reformador”. (SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional. Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 334).

⁵² Sobre o assunto João Pedro Gebran Neto: “Como visto, o ‘princípio de dignidade da pessoa humana’ é o núcleo essencial da hermenêutica constitucional, porquanto no catálogo de direitos e garantias individuais está incluído o de preservar a pessoa humana, com um mínimo necessário de garantias. Ao lado desse núcleo de hermenêutica, há o núcleo essencial de cada direito fundamental, que deve ser respeitado e protegido, seja no que concerne à integração do comando constitucional pela legislação que o complementa, seja na apreciação de questões relativas à colisão de direitos”. (GEBRAN NETO, João Pedro. *A Aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52-53).

⁵³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 165-166.

funcional, apesar de serem diversificadas as possibilidades sobre o tema de acordo com a direção escolhida.⁵⁴

Uma das propostas mais propagadas é o agrupamento dos direitos fundamentais de acordo com as gerações ou dimensões em que se enquadra cada categoria, sendo divididos em direitos fundamentais⁵⁵: a) de 1ª geração, onde se situam os direitos individuais, como os direitos de liberdade, o direito de propriedade, o direito à vida e à integridade física. São os direitos civis e políticos; b) direitos de 2ª geração, onde se enquadram os direitos de uma coletividade, como o direito de igualdade, os direitos sociais, econômicos e culturais; c) direitos de 3ª geração, são os direitos da humanidade, como o direito à solidariedade e fraternidade, o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, o direito ao desenvolvimento sócio-econômico e o direito à paz⁵⁶. Existe ainda corrente doutrinária que sustenta a existência de direitos fundamentais de 4ª geração, tendo como um de seus propagadores Paulo Bonavides, incluindo-se nesta geração o direito à democracia direta, ao pluralismo, e à informação.⁵⁷

Outra corrente classificatória tem como ponto de partida as diversas funções exercidas pelos direitos fundamentais. Grande parte da doutrina os separa em dois grandes

⁵⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 50.

⁵⁵ Sobre o assunto: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 516-526; SERPA, José Hermílio Ribeiro. *A política, o Estado, a Constituição e os direitos fundamentais: um reexame fenomenológico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 168-171; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 50-55. Para uma abordagem diversificada: CALMON, Eliana. As gerações dos direitos e as novas tendências. *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. MARTINS, Ives Granda da Silva (Coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 151-160.

⁵⁶ Antônio Augusto Cançado Trindade ao discorrer sobre as denominadas “gerações” dos direitos humanos e pondera que: “Entre as distintas “categorias” de direitos – individuais e sociais ou coletivos – só pode haver complementaridade e não antinomia, o que revela a artificialidade da noção simplista da chamada “terceira geração” de direitos humanos: os chamados direitos de solidariedade, historicamente mais recentes, em nosso entender, *interagem* com os direitos individuais e sociais, e não os “substituem”, distintamente do que a invocação inadequada da imagem do suceder das gerações pretenderia ou pareceria insinuar”. (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 41).

⁵⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 516-526.

grupos⁵⁸: a) os direitos de defesa; e b) os direitos a prestações (em sentido amplo), este por sua vez subdividido em direitos à proteção, direitos a organização e procedimento e direitos prestacionais em sentido estrito (direitos a prestações fáticas).

O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e sadio assegurado no art. 225 da CF (enquadrado na 3ª geração), por exemplo, pode ser visualizado em suas múltiplas funções, conforme discorre Robert Alexy⁵⁹. Ora como típico direito de defesa, quando o Estado deve se abster de praticar atos lesivos ao meio ambiente; ora como direito prestacional, em suas três subdivisões: a) direito a que o Estado proteja o meio ambiente frente a ações denigratórias de terceiros (direito a proteção); b) direito a que o Estado permita ao titular participar de procedimentos para proteção ambiental (direito ao procedimento); c) direito a que o próprio Estado realize prestações fáticas tendentes a melhorar o meio ambiente (direito a prestações fáticas).

Assim a separação entre direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais a prestações tem como paradigma as diversas funções desempenhadas pelo Poder Público e sua relação com o indivíduo e a coletividade, enquadrando as concepções de abstenção e intervenção ideologicamente desenvolvidas na transposição do Estado Liberal ao

⁵⁸ Sobre o assunto: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés (do original “Theorie der Grundrechte” de 1986). 2ª ed., Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001, esp. p. 430; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, esp. p. 140-152 e 200-207. Todavia mister ressaltar a existência de diferentes agrupamentos, conforme doutrina de Gustavo Zagrebelsky: “A tenor de dicha noción podríamos ordenar los derechos fundamentales en tres grandes apartados: a) los derechos a no ser compelido a ... (*diritti di libertà da...*) o derechos de libertad negativa; b) derechos a ejercer libremente una determinada actividad (*diritto di libertà di...*) o derechos de libertad positiva; c) derechos a ciertas prestaciones (*diritti a...*)”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Tribunal Constitucional Italiano. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. FAVOREU, Luis (Org.). Tradução Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 427).

⁵⁹ “Así, quien propone el establecimiento de un derecho fundamental ambiental o su adscripción interpretativa a las disposiciones iusfundamentales existentes puede, por ejemplo, incluir en este haz un derecho a que el Estado omita determinales intervenciones em el medio ambiente (derecho de defensa), un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañan el ambiente (derecho a protección), un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho al procedimiento) y un derecho a que el próprio Estado realice medidas fáticas tendientes a mejorar el ambiente (derecho a una prestación fáctica)”. (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés (do original “Theorie der Grundrechte” de 1986). 2ª ed., Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001, p. 429).

Estado Social⁶⁰. Assim, adotar-se-á proposta classificatória dos direitos fundamentais sob o ângulo funcional por ser a tutela jurisdicional que imponha obrigação de fazer (conduta interventiva) do Poder Público a que mais interessa ao presente estudo. Com efeito, ao se falar em efetivação dos direitos sociais através do processo, mais especificamente dos direitos prestacionais em sentido estrito por requererem uma atuação positiva, interventiva, do Poder Estatal para sua implementação, reside grande problemática quando se trata de tutelar e concretizar, adequada e efetivamente, o direito do indivíduo e da coletividade em face do Poder Público em juízo.

A questão transcende a órbita jurídica, seja no tocante a questões materiais ou processuais, para instalar-se no campo econômico e político, razão pela qual faz-se mister uma análise interdisciplinar da questão proposta, enfocando a jurisdição civil e o processo em uma perspectiva crítica e prospectiva, com vistas à transformação da realidade social.

1.3.1 Direitos de defesa

Como direitos de defesa estão relacionados, dentre outros, grande maioria dos direitos agrupados na 1ª geração de direitos fundamentais, onde se inserem as liberdades individuais (como o direito de ir e vir, de livre manifestação do pensamento, entre outros), o direito à vida, o direito à propriedade e o direito à igualdade. Assim, os direitos individuais e

⁶⁰ Cf. Robert Alexy: “De acuerdo con la interpretación liberal clásica, los derechos fundamentales “están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones *negativas* (omisiones) del Estado. Pertenecen al status negativo en sentido amplio. Su contrapartida son los derechos a acciones *positivas* del Estado, que deben ser incluidas en el status positivo en sentido estricto. Si se presupone un concepto amplio de prestación, todos los derechos a acciones positivas del Estado pueden ser calificados como derechos a prestaciones del Estado en un sentido amplio. La cuestión de si y en qué medida a las disposiciones de derechos fundamentales deben adscribirse normas que confieren derechos a prestaciones en sentido amplio es una de las más discutidas en la dogmática actual de los derechos fundamentales. Especialmente se discuten los llamados derechos fundamentales sociales, es decir, por ejemplo, los derechos a la asistencia social, al trabajo, la vivienda y la educación. Habrá de mostrarse que efectivamente estos derechos constituyen un sector importante de aquello que puede ser llamado “derecho a prestaciones”, pero no agotan su ámbito”. (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés (do original “Theorie der Grundrechte” de 1986). 2ª ed., Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001, p. 419-420).

coletivos albergados no art. 5º da CF exercem, primordialmente, função de direitos de defesa, apesar de existir em seu extenso rol direito tipicamente prestacional, como é o caso do seu inc. XXXV que prevê o direito à prestação jurisdicional.

Porém, a categoria dos direitos de defesa não se restringe à concepção supra, abrangendo ainda grande parcela dos direitos fundamentais sociais, exemplificado em vários direitos inerentes aos trabalhadores, como a limitação da jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI), da liberdade de associação sindical (art. 8º), o direito de greve (art. 9º), entre outros, também conhecidos como “liberdades sociais”.⁶¹ Típicos direitos de defesa ainda são os direitos fundamentais da nacionalidade, da cidadania e as garantias fundamentais.⁶²

Aos direitos de defesa, portanto, corresponde um dever negativo, um não agir por parte do Estado. São direitos destinados a defender a esfera jurídica das liberdades individuais do cidadão em face de intervenção ou agressão do Estado. Assim, tais direitos

⁶¹ As diretrizes fixadas, válidas para os direitos de defesa, alcançam igualmente boa parcela dos direitos fundamentais sociais consagrados em nossa Constituição. Neste sentido, já se constatou que as assim denominadas liberdades sociais equivalem, em virtude de sua função essencialmente defensiva e por sua estrutura normativa, aos clássicos direitos de liberdade e igualdade, reclamando uma abstenção por parte do destinatário e não dependendo, em regra, da alocação de recursos e de concretização legislativa. Quanto a estes direitos sociais, já se sustentou, entre nós, que desencadeiam sua plena eficácia, gerando para o titular um direito subjetivo. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 253-254). Sobre o assunto, ainda, Silvio Wanderley do Nascimento Lima: “[...] Os direitos sociais podem ser divididos em duas espécies, quais sejam, os direitos sociais prestacionais e as liberdades sociais, estas últimas consistentes em limitações impostas ao Estado para que não invada a esfera de liberdade participativa dos indivíduos, no que se refere a movimentos e entidades vocacionados a defesa dos direitos sociais, são exemplos clássicos destas liberdades as de sindicalização e de greve”. (LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. A impossibilidade jurídica de desvincular os valores mínimos dos benefícios da previdência social do valor do salário mínimo. In: *Revista da Previdência Social*. São Paulo, nº 285, p. 718, ago.2004).

⁶² Sobre o assunto Caio Tácito: “O papel do Estado se exprime, então, mediante *deveres negativos* (dever de não fazer ou não perturbar) e na garantia do livre exercício dos direitos da pessoa, sob o manto da igualdade perante a lei: liberdade de locomoção e direito ao devido processo legal (*due process of law*); liberdade de expressão do pensamento e direito de reunião; direito de propriedade e liberdade de comércio e de profissão; direito à inviolabilidade do lar e da correspondência; direitos políticos (nacionalidade, direito de voto; partidos políticos). Coroando a proteção a tais direitos fundamentais, o controle judicial se esmera no *writ* do *habeas corpus*, a par das vias ordinárias do direito”. (TÁCITO, Caio. As três faces dos direitos humanos. In: *Temas de direito público* (estudos e pareceres). 1º vol., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 599).

constitucionalmente assegurados objetivam limitar o poder estatal e deita raízes na ideologia do Estado Liberal.⁶³

Como sabido atualmente o dever de omissão ou abstenção do Estado perante os direitos fundamentais não constitui regra absoluta, a ponto de Jean Morange⁶⁴ aduzir que *é banal afirmar que nenhuma liberdade pode ser ilimitada*, devendo ceder quando afetar a liberdade de outrem ou por outras condições como a preservação da ordem pública, os dados técnicos, as contingências sociais, a necessidade de uma ética social, entre outras. Exemplo amplamente difundido é a relativização do direito de propriedade perante o cumprimento de sua função social⁶⁵. Com efeito, mesmo sendo o direito de propriedade (direito de defesa do indivíduo oponível contra ingerências do poder público ou de particulares) assegurado no art. 5º, XXII, da CF, é estatuído no seu inciso seguinte que *a propriedade atenderá a sua função social* (art. 5º, XXIII), de onde se extrai a possibilidade da perda do direito de propriedade àquele que não lhe der destinação socialmente adequada⁶⁶.

Os direitos de defesa, portanto, (compostos precipuamente pelos direitos de 1ª geração ou dimensão), estão albergados, em sua grande maioria, no rol do art. 5º da CF, dentre eles os direitos de liberdade, propriedade, vida e integridade física; bem como as garantias fundamentais e grande parte dos direitos sociais e políticos (liberdades sociais). Tais

⁶³ Entretanto, também na vigência do atual Estado Constitucional faz-se necessária previsão de direitos de defesa, pois igualmente no Estado Democrático de Direito existe o exercício do poder estatal pela classe governista, o que deixa o cidadão vulnerável à prática de atos abusivos e contrários à esfera jurídica das liberdades individuais pelo Poder Público. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 170-171.

⁶⁴ MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. Tradução Eveline Bouteiller. 5ª ed., Barueri: Manole, 2004, p. xx (introdução).

⁶⁵ Esta concepção, contudo, era inconcebível pela ideologia do Estado Liberal. Com efeito, apesar da idéia de liberdade individual absoluta, um dos principais direitos defendido pela classe burguesa enriquecida é o direito de ser proprietário, erigida a propriedade como direito inviolável e *sagrado* do homem, do qual ninguém poderia ser privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente apurada, o exigisse de forma evidente e sob a condição de prévia e justa indenização, conforme proclamava o art. 17, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Concepção adotada pela Constituição brasileira de 1824 e pela 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos. (Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 137; LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, Esp. p. 316). Para John Locke, ademais, a preservação da propriedade era o próprio fim do governo e a razão dos homens entrarem em sociedade. (LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, esp. p. 502-503 e 509).

⁶⁶ Cf. SERPA, José Hermílio Ribeiro. *A política, o Estado, a Constituição e os direitos fundamentais: um reexame fenomenológico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 177-180.

direitos não reclamam uma conduta positiva por parte do destinatário da norma (Estado ou particulares) para serem exercidos. Reclamam tão somente uma abstenção, uma omissão daquele a quem se dirige, razão pela qual afirma-se que as normas consagradoras de direitos de defesa possuem alta densidade normativa, ou seja, normalmente não necessitam de integração ou concretização legislativa para serem executáveis⁶⁷.

Ademais, o §1º do art. 5º da CF é claro ao preceituar que: *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Em vista disso, a questão inerente à eficácia plena e aplicabilidade imediata dos direitos de defesa não comporta maiores controvérsias, pois *na esfera dos direitos de defesa, a norma contida no art. 5º, § 1.º tem por objetivo precípuo oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade em Juízo*⁶⁸. Portanto, quanto aos direitos de defesa existe a presunção no sentido da aplicabilidade imediata e da plenitude eficaz dos seus comandos normativos, atribuindo aos juízes e tribunais o dever de aplicá-los ao caso concreto independentemente de concretização legislativa⁶⁹.

1.3.2 Direitos a prestações

⁶⁷ Luis Roberto Barroso extrai a máxima efetividade do art. 5º, § 1º, CF, quanto à sua aplicação às normas constitucionais não regulamentadas pelo legislador infraconstitucional: “Por certo, a competência para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de ser do Poder Judiciário. E mais: a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil”. (BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 143).

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 253-254.

⁶⁹ Cf. José Afonso da Silva: “Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta. Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”. (SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 165).

Enquanto a proteção dos direitos de defesa exige postura absenteísta, uma não-intervenção por parte do Poder Público, os direitos a prestações positivas, ao contrário, pressupõem um dever de ação, um agir comissivo, obrigando o Estado a prestações jurídicas ou prestações materiais ao indivíduo e coletividade, através das quais se possibilitará a plena manutenção e fruição das liberdades individuais e sociais garantidas pelos direitos de defesa⁷⁰. Os direitos a prestações positivas, em suma, estão *a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência com dignidade*.⁷¹

Os direitos fundamentais a prestações são divididos em direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito. O primeiro sub-grupo constitui o direito a prestações jurídicas (normativas) pelo Estado, e, por sua vez, é sub-dividido em direito à proteção e direito de participação na organização e procedimento; e o segundo sub-grupo (direitos a prestações em sentido estrito) é representado pelo direito a prestações materiais (fáticas).

Os *direitos à proteção* são os direitos outorgados aos indivíduos de exigir do Estado, inclusive em caráter preventivo, a proteção contra ameaças ou atitudes lesivas de terceiros (Estado ou particulares) em determinados bens pessoais, como a vida, a integridade física, a liberdade, a propriedade, ou seja, a dignidade da pessoa humana com um todo, de

⁷⁰ “Vinculado à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa por parte dos poderes públicos”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 188-189).

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 92.

forma a garantir a efetiva fruição dos direitos fundamentais através de medidas positivas estatais.⁷²

Já os *direitos à organização e ao procedimento* consistem na possibilidade de exigir do Poder Público, especialmente do poder legislativo, a emissão de atos legislativos e administrativos destinado a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e nos procedimentos já existentes. Aos *direitos a prestações em sentido estrito*, e que mais interessam ao desenvolver desta dissertação por sua vez, corresponde grande parte dos denominados direitos fundamentais de 2ª geração, como os direitos “econômicos, sociais e culturais”, aos quais se passa a referir, abreviadamente, “direitos sociais”.⁷³

1.4 Direito sociais prestacionais

Aos denominados direitos a prestações materiais ou fáticas (direitos a prestações em sentido estrito) corresponde o dever estatal de fornecer, criar, complementar, distribuir ou redistribuir os bens materiais necessários para que a sociedade desenvolva-se de maneira digna, equânime e solidária, estando enquadrado nesta categoria a maioria dos direitos sociais fundamentais, também conhecidos como direitos sociais de cunho prestacional ou direito sociais prestacionais, simplesmente.

A finalidade precípua dos direitos sociais de natureza prestacional é a efetivação de condições necessárias e essenciais à fruição da liberdade real e da igualdade material, visando a promoção da justiça social e a redução das desigualdades sociais através

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 195.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 196; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, esp. p. 203-208.

da prestação ativa estatal⁷⁴. Com efeito, os direitos sociais prestacionais *encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem*⁷⁵, isto é, geram o dever estatal de prestações sociais materiais (fáticas) consubstanciadas nos direitos originários a prestações; e ainda asseguram a possibilidade de igual acesso dos cidadãos aos sistemas prestacionais já implantados pelo Estado, estes denominados direitos derivados a prestações.

Portanto, os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional (direitos sociais prestacionais), em decorrência da natureza do seu *objeto*, qual seja: prestações de natureza fática (material) requerem crescente posição ativa estatal no sentido de criar ou colocar à disposição do indivíduo bens e meios necessários à satisfação do direito ou interesse tutelado pela norma jurídica fundamental de natureza positiva, implementando ou disponibilizando a prestação que constitui o objeto do direito fundamental, razão pela qual a violação destes direito ocorre em decorrência da *omissão estatal*.⁷⁶

A perspectiva dos direitos a prestações positivas, na lição de Gilmar Ferreira Mendes, é uma prática prospectiva, voltada para o futuro, e não para preservação do *status quo*, operando-se um *fenômeno de transmutação, convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas. Tem-se, pois, a “juridicização” do processo decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política*.⁷⁷

⁷⁴ “O certo é que os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 202).

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 265.

⁷⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes; VITAL, Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 129.

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2ª ed., Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 47.

Nesta seara, Lênio Luiz Streck discorre que o fenômeno conhecido como constitucionalização do direito traz implícita a obediência suprema aos valores e direitos fundamentais do cidadão, altera a relação de subordinação entre política e direito, deixando este de ser mero instrumento daquela e ocorrendo, no Estado Democrático de Direito, o inverso: a conversão da política em instrumento de atuação do direito; como a subordinação da política aos vínculos impostos pelos princípios constitucionais: *vínculos negativos, como os gerados pelo direito às liberdades que não pode ser violado; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos.*⁷⁸

Contudo, a implementação ou execução dos direitos sociais a prestações materiais sofre limitações de ordem econômica, sendo a restrição de recursos e disponibilidades materiais pelo Estado um dos principais óbices à efetivação destes direitos sociais. No entanto, em meio a um Estado que se pretende democrático e social de direito, estas questões tendem a ser contornadas ou minimizadas para se viabilizar a plena eficácia e a aplicabilidade imediata dos *direitos* sociais materiais, ao menos no que se referir ao núcleo desses direitos⁷⁹, por constituírem verdadeiros *compromissos* assumidos pelo Estado contemporâneo, cuja concretização constitui *dever* prestacional do Estado em relação aos seus cidadãos.

⁷⁸ “Para Ferrajoli, a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais – impondo obrigações e proibições aos poderes públicos – tem produzido efetivamente na democracia uma dimensão “substancial”, que se acrescenta à tradicional dimensão “política”, meramente “formal” ou “procedimental”. Com efeito, se as normas formais da Constituição – aquelas que disciplinam a organização dos Poderes públicos – garantem a dimensão da democracia política, que tem relação com o “quem” e o “como” das decisões, suas normas substantivas – as que estabelecem os princípios e os direitos fundamentais – *garantem o que se pode chamar de dimensão material da “democracia substancial”*, uma vez que se refere ao conteúdo que não pode ser decidido e ao que deve ser decidido por qualquer maioria, obrigando a legislação, sob pena de invalidade, a respeitar os direitos fundamentais e os demais princípios axiológicos por ela estabelecidos. Por último, altera-se a relação entre a política e o Direito. Uma vez que o Direito já não está subordinado à política como se dela fosse instrumento, *senão que é a política que se converte em instrumento da atuação do Direito*, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelo direito às liberdades que não pode ser violado; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos”. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 158).

⁷⁹ Sobre o assunto Nikita Aliprantis: “On dit souvent que les droits sociaux sont des droits à création progressive ou évolutive, qu’ils naissent au fur et de nature à cacher le fait que dès le moment où un droit social est reconnu, naît en même temps un noyau de ce droit, un contenu minimum, mais essentiel. La fait même de prévoir un droit social marque la création de ce noyau, indépendamment de toute concrétisation future, de quelque niveau que ce soit”. ALIPRANTIS, Nikita. *Les droits sociaux sont justiciables. Droit Social*. n° 2, Paris, p. 161, février.2006.

A problemática gravita em torno da juridicização ou justiciabilidade dos direitos originários a prestações sociais, consistente na possibilidade do indivíduo fundamentar sua pretensão diretamente da norma constitucional, independentemente de conformação legislativa e sobre a possibilidade de se obrigar o Estado-Administrador a implementar as condições fáticas necessárias ao efetivo exercício do direito, posto que, como visto, principal óbice oposto ao reconhecimento de um direito subjetivo à saúde, educação, previdência, moradia, assistência social (direitos sociais prestacionais) refere-se à sua dimensão econômica devido ao fato de tais direitos implicarem alocação de recursos materiais e imateriais (humanos), os quais ficam condicionados ao princípio da reserva do economicamente possível. Ainda, como já afirmara Norberto Bobbio, o mais forte argumento contra os direitos do homem, em especial contra os direitos sociais: *não é sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade*.⁸⁰

Quanto aos direitos derivados a prestações, que são os direitos fundamentais já concretizados, não há maiores controvérsias, pois caso o indivíduo seja arbitrariamente excluído de uma determinada prestação já existente, terá o direito subjetivo de pleitear judicialmente o acesso ou a participação no sistema prestacional pretendido, baseado no princípio constitucional da igualdade e no princípio da proibição de retrocesso.⁸¹

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

⁸¹ Sobre o princípio da proibição de retrocesso: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol. 1, n. 2, Porto Alegre: 2004, Instituto de Hermenêutica, p. 121-168; ainda: “a dignidade da pessoa humana constitui um dos critérios materiais para aferição da incidência de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, notadamente (mas não exclusivamente) na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional”, pois “tal como anunciado – que uma medida de cunho retrocessivo, para que não venha a violar o princípio da proibição de retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas, já que – como bem revela o caso ora examinado – também haverá de ser respeitado o princípio da universalidade da titularidade e do exercício dos direitos fundamentais, pelo menos daqueles que possuem um conteúdo em dignidade da pessoa humana, tudo a demonstrar que também nesta esfera – em que considerando a necessidade de uma hierarquização à luz do caso concreto – vigora o já referido postulado do *in dubio pro dignitate*”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 121 e 122).

Desta feita, ponto relevante da discussão sobre a eficácia dos direitos sociais prestacionais reside justamente na possibilidade (ou não) destes direitos conferirem aos seus titulares direitos subjetivos públicos, ou seja, consiste na possibilidade do indivíduo (ou coletividade) exigir judicialmente o cumprimento da prestação fática pelo Estado independentemente de qualquer mediação do legislador, baseando sua pretensão diretamente na norma constitucional.

A questão, apesar de não ser nova, é de suma relevância na atualidade. Daniel Sarmiento manifesta que *a busca de alternativas viáveis para o futuro dos direitos sociais é, em nosso tempo, tarefa impostergável para todo o jurista que não se contente em estudar o mundo que o cerca, mas queira também ajudar a transformá-lo*. Ademais, por envolver inúmeras questões de ordem política e econômica, além de jurídica, requer uma análise crítica e interdisciplinar sobre os principais caminhos e óbices apontados para atuação prospectiva da jurisdição civil na busca de maior efetividade dos direitos sociais que exigem para sua concretização uma atuação positiva (prestacional) do Estado brasileiro, cujo papel passa por sensível e substancial mudança estrutural ocasionadas, em especial, devido ao fenômeno conhecido por globalização (ou mundialização) do mercado e devido às políticas neoliberais adotadas pelo Brasil.

1.4.1 Direitos subjetivos públicos?

Uma primeira nota faz-se necessária. A menção a direitos subjetivos públicos⁸² neste estudo será entendido como poder de ação do indivíduo contra o Estado, ou

⁸² Importante frisar que, como é o caso da doutrina italiana, é feita a distinção entre direitos públicos e interesses jurídicos ou legítimos, sendo que estes apesar de tutelados pelo ordenamento jurídico não conferem ao seu titular *o direito de pretender-lhe a satisfação*. (ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 151). Também na doutrina brasileira, conforme preleciona Rodolfo de Camargo Mancuso os interesses legítimos se situam entre os interesses simples – caracterizados por anseios, aspirações, desejos, cuja realização não é protegida ou tutelada pelo Estado – e os

nas palavras de M. Seabra Fagundes, *os direitos que o administrado tem diante do Estado, a exigir as prestações ativas ou negativas, constituem, no seu conjunto, os chamados “direitos públicos subjetivos”*⁸³, razão pela qual ao *direito* subjetivo público deve corresponder a um *dever* (obrigação) prestacional por parte do Estado⁸⁴, este vínculo representa: a) que ao direito corresponde sempre um dever jurídico⁸⁵; b) o direito subjetivo é violável, posto que sempre existe a possibilidade de ser descumprido; c) em caso de violação, o detentor do direito pode exigir judicialmente o cumprimento da obrigação inadimplida.⁸⁶

O que, no contexto ora tratado, significa dizer que o reconhecimento de direitos subjetivos públicos no corpo da Constituição Federal confere ao titular do direito a possibilidade de deduzir sua pretensão em juízo com base diretamente na norma constitucional, isto é, pleitear judicialmente a implementação do direito subjetivo fundamentando seu pedido no texto constitucional. São os direitos justiciáveis, exigíveis em juízo diretamente e com base no dispositivo constitucional. Não carecem, para tanto, de regulamentação pelo legislador ordinário ou de serem incluídos em programas governamentais para serem exigidos e concretizados, podendo, na ausência de lei ou ação de

direitos subjetivos que, ao contrário, “compreendem *posições de vantagem, privilégios, prerrogativas*, que uma vez integradas ao patrimônio do sujeito, passam a receber *tutela especial* do Estado (sobretudo através da ação judicial, de atos de conservação e de formalização perante órgãos públicos, etc.). Esses direitos subjetivos soem vir acompanhados por uma sanção previamente estabelecida para o caso de eventual afronta ou desconhecimento por parte de terceiros, ou do próprio Estado. Quanto tais prerrogativas se estabelecem em forma de *créditos* formados *contra* ou *em face* do Estado, tomam a designação de direitos públicos subjetivos”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito, legitimação para agir*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 64).

⁸³ FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 170.

⁸⁴ Neste sentido lição de Abelardo Torr : “[...] lo que significa que *no hay derecho subjetivo sin el correspondiente deber*, a cargo de otro u otros sujetos”. (TORR , Abelardo. *Introducción al derecho*. 9ª ed., Buenos Aires: Editorial Perrot, 1986, p. 183).

⁸⁵ No que se difere da posi o adotada por José Joaquim Gomes Canotilho. Este autor lusitano entende não se poder confundir o direito subjetivo com a pretensão subjetiva judicialmente acionável: “[...] os direitos a educa o, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjectivos pelo facto de não serem criadas as condi es materiais e institucionais necessárias   fruic o desses direitos. Por sua vez, o direito   presta o não corresponde, rigorosamente, ao dever de presta o do Estado, contido na imposi o legiferante: o âmbito normativo daquele direito pode ser mais amplo ou mais restrito que o deste dever.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constitui o Dirigente e Vincula o do Legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 368).

⁸⁶ Neste sentido: BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 99-100.

governo, serem exigidos em juízo e implementados ou concretizados por ordem do Poder Judiciário.

A discussão insere-se, pois, na questão de serem as normas constitucionais de cunho social exortadoras de simples metas ao Estado, isto é, de consistirem em imposição de meras diretrizes estatais ou se, ao contrário, conferem verdadeiros direitos subjetivos públicos, visto que neste último caso são judicialmente exigíveis pelo titular do direito e podem ser concretizadas com aplicação direta do direito material a prestações sociais asseguradas pela norma constitucional, sem que haja sua regulamentação por normas infraconstitucionais (*interpositio legislatoris*), o que possibilita efetiva intervenção judicial para tutela de direitos a prestações positivas em situações em que houver o Poder Legislativo ou o Poder Executivo omitido ou falhado na atuação social.⁸⁷

Na primeira hipótese, invoca-se a tese da “não justicialidade” dos direitos sociais prestacionais sem a necessária “transformação” das pretensões abstratamente prevista nas normas constitucionais em direitos subjetivos individuais pelo legislador infranconstitucional, sem o que não poderiam ser invocados judicialmente⁸⁸. Argumenta-se, ademais, a impossibilidade de intervenção judicial para realização destes direitos sociais por dependerem de prévia vinculação a políticas públicas, atividade estatal regida pela discricionariedade dos poderes eleitos pelo sufrágio, consistindo afronta ao princípio da separação das funções ou poderes do Estado. Ainda, invoca-se a necessidade da prévia

⁸⁷ Conforme lição de Eduardo Talamini: “Inicialmente, cabe distinguir entre as hipóteses normativas constitucionais de que se extrai apenas o dever de o Estado realizar políticas públicas de caráter social e aquelas que, mais do que a imposição de diretrizes objetivas estatais, embasam direitos subjetivos públicos. No primeiro caso, dentro de certas condições, poder-se-á falar em restrições mais amplas à tutela jurisdicional. Já no segundo, em regra, é viável o recurso do cidadão ao Judiciário, para a fruição concreta da utilidade assegurada pelo direito fundamental de cunho social (que, então, pode ser qualificado como “direito originário a prestações sociais”)” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)”. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 139-140).

⁸⁸ “Para esta posição, as normas de direitos fundamentais a prestações são, em rigor, normas programáticas, isto é, regras juridicamente vinculativas que podem obrigar a uma “política” activa, sem, contudo, fundamentarem pretensões de prestações subjectivas”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 367).

previsão orçamentária e disponibilidade material de recursos para concretização de prestações desta natureza, o que impediria de plano a intervenção judicial para implementação de políticas públicas de caráter social.⁸⁹

Todavia, Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez⁹⁰ afirma que no Estado Democrático de Direito nenhuma norma constitucional carece de efetividade por ser a própria essência desse sistema político-jurídico a força vinculativa e dirigente da Constituição, *garantidora de seus valores materiais e da concretização de suas metas, a qual nesse sentido autoriza uma atuação interventiva e transformadora da realidade social por parte do Poder Judiciário, inclusive ante a omissão dos demais poderes constituídos*. Sustenta, ademais, que a efetividade das normas constitucionais, diferentemente do conceito tradicional de eficácia – plena, contida ou limitada - e aplicabilidade imediata ou diferida, traz ínsita em sua noção a possibilidade de aplicação imediata e integral de qualquer texto constitucional, ponto hermenêutico onde reside estreita ligação entre a Constituição e o Direito Processual e conclui pela necessidade de medidas processuais que tenham como finalidade tutelar a liberdade, a igualdade e a dignidade, inspirando-se em princípios de justiça social.

Também Luis Roberto Barroso preleciona que atualmente já não cabe mais negar o caráter jurídico e, assim, a exigibilidade e exequibilidade plena dos direitos fundamentais em sua múltipla tipologia, concebendo a resistência ainda hoje oposta à efetivação dos direitos sociais por via coercitiva como manifestação *puramente ideológica, e não científica*. Sustenta que a questão vem sendo tratada nas Constituições mais recentes,

⁸⁹ Cf. Eduardo Talamini: Nestes casos, assim como naqueles em que há apenas a diretriz objetiva estatal desacompanhada da atribuição subjetiva de direitos sociais, ganha força a tese da “não justicialidade”. Invoca-se como argumento a discricionariedade do legislador e do administrador, na definição de políticas públicas: o Judiciário, nessa ótica, estaria autorizado apenas a controlar a legalidade e não abusividade das ações desenvolvidas pelos outros “poderes”; não lhe seria dado – sob pena de afronta à separação constitucional de funções – impor a adoção de programas de ação governamental. A realização de políticas públicas dependeria da prévia disponibilidade de recursos orçamentários, e, nessa matéria, não caberia ao Judiciário imiscuir-se. (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 141-142).

⁹⁰ BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzellotti. A imprescindibilidade do uso da Constituição na efetiva e justa solução dos litígios. *A Constitucionalização do Direito a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. ANDRADE, André (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.264-265.

como no art. 2º da Constituição portuguesa e no Preâmbulo da Constituição brasileira, *que proclama ser o país um Estado democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”*.⁹¹

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho⁹² assevera não serem os direitos sociais (englobados os direitos “econômicos, sociais e culturais”) meras normas programáticas, meras diretivas de ação estatal de alcance essencialmente político, posto que as normas programáticas não conferem “direitos aos cidadãos”, dirigem-se diretamente ao Estado, e nisso esgotam a sua relevância; ao contrário, os direitos sociais têm como titular direto os cidadãos, pelo que as atividades ou prestações reclamadas do Estado surgem como verdadeiras “obrigações” deste, como componente passivo daqueles direitos.

Gustavo Zagrebelsky, por sua vez, assevera que a (então) *opinião dominante segundo a qual os “direitos clássicos” seriam os únicos verdadeiros direitos, enquanto que “os direitos sociais” seriam simples aspirações políticas, é falsa*.⁹³ Entendimento com o qual corrobora Nikitas Aliprantis, ao afirmar que os direitos sociais são regras jurídicas incorporadas ao direito positivo por escolhas políticas consistentes em reconhecer ao Estado uma finalidade fundamental: a de assegurar as condições necessárias a uma existência condizente com a dignidade humana.⁹⁴

Pois bem. No atual contexto jurídico resta pacificado serem também aqueles direitos fundamentais disciplinados em normas de cunho programático, onde estão

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7ª ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2003, p. 106.

⁹² CANOTILHO, J.J. Gomes; VITAL, Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 128-129.

⁹³ Tradução livre: “[...] la opinión dominante según la cual los “derechos clásicos” serían los únicos verdaderos derechos, en tanto que “los derechos sociales” serían simples aspiraciones políticas, es falsa”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. El Tribunal Constitucional Italiano. In: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. FAVOREU, Luis (Org.). Tradução Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 448).

⁹⁴ ALIPRANTIS, Nikita. Les droits sociaux sont justiciables. *Droit Social*. Paris, n° 2, p. 160, février.2006.

inseridas a maioria das normas consagradoras de direitos sociais⁹⁵, normas dotadas de conteúdo jurídico e não apenas promessas ou simples diretivas de ação estatal de conteúdo eminentemente ideológico ou político.⁹⁶ Existe direito prestacional de cunho social, no caso o acesso ao ensino obrigatório e gratuito (§1º, art. 208, CF),⁹⁷ expressamente consagrado na Constituição Federal de 1988 como direito subjetivo público. Resta, porém, a questão: apenas o direito social à educação fundamental é direito subjetivo público, pois está expressamente consagrado, ou existem outros direitos sociais prestacionais com o mesmo grau de normatividade?⁹⁸

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho⁹⁹ é preciso distinguir a dupla dimensão dos direitos sociais: a *dimensão subjetiva*, segundo a qual os direitos fundamentais conferem direitos públicos subjetivos aos cidadãos, isto é, *quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o “direito” a um determinado ato, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse ato*; contraposta à *dimensão objetiva*, consistente em normas fundamentais consagradoras de deveres objetivos ao Estado, mas não garantidoras de um

⁹⁵ José Afonso da Silva preleciona que as normas programáticas revelam os elementos sócio-ideológicos da Constituição, onde se inserem os direitos sociais, econômicos e culturais e que tais normas indicam os fins e objetivos do Estado, o que importa em definir o sentido geral da ordem jurídica. (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 138-139)

⁹⁶ Neste sentido Flávia Piovesan discorre que a *efetivação* aos direitos sociais *não* constitui simples *obrigação moral* do Estado, mas *obrigação jurídica*. (PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos, culturais e direitos civis e políticos. *Revista do Advogado*. Ano XXIII, nº73, p. 70, nov.2003).

⁹⁷ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria; §1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. §2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

⁹⁸ Note-se nesse ínterim lição de Genaro Carrió: “[...] Los signos convencionales, en cambio, son aquellos que los seres vivos intercambian mutuamente con el propósito de mostrar sus sentimientos, percepciones o pensamientos [...] Entre estos signos el lugar principal corresponde a las palabras [...] En cuanto signos convencionales, ellas afectan el espíritu según las convenciones vigentes en la comunidad donde cada hombre vive, y afectan los espíritus de los distintos hombres de distinta manera. Ello es así porque esas convenciones son diferentes. Los hombres no se han puesto de acuerdo en usar las palabras como signos porque éstas tengan ya significado; por el contrario, ellas tienen ahora significado porque los hombres se han puesto de acuerdo al respecto”. (CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979, p. 115)

⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 1214.

direito subjetivo, ou nas palavras do autor, *uma norma vincula um sujeito em termos objetivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto.*

Entendem ainda, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, que esta dupla dimensão dos direitos sociais é auferida da estrutura de preceitos que começam por reconhecer o “direito” (todos têm direito...todos os trabalhadores têm direito...etc), para depois definir as obrigações ou incumbências do Estado (Incumbe ao Estado...garantir o direito ao trabalho; ...assegurar as condições de trabalho), todavia entendem que apenas em certos casos os direitos sociais conferem aos cidadãos um *direito imediato a uma prestação efetiva*, sendo necessário que isto decorra expressamente do texto constitucional, o que ocorre com o direito à saúde e o direito à escola, conforme os preceitos da Constituição da República Portuguesa.¹⁰⁰

Neste contexto, tendo em vista a estrutura lógico-normativa dos direitos sociais exarados na Constituição Federal brasileira, Luís Roberto Barroso¹⁰¹ tomando por base o art. 208, inc. III, da CF (“O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”) entende não haver dúvidas de que *a primeira oração do preceito define um direito a ser desfrutado pelo deficiente: atendimento educacional especializado. Com igual clareza se especifica a parte obrigada a entregar a prestação: o dever é do Estado.* Por outro lado, no que atine à parte final do dispositivo, *contém linguagem que lhe dá caráter programático: “preferencialmente” na rede regular de ensino, razão pela qual a inexigibilidade de uma prestação positiva verifica-se apenas quanto ao acesso à rede regular de ensino.*

¹⁰⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes; VITAL, Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 129-130.

¹⁰¹ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 146.

Também o direito fundamental à saúde (arts. 196 da CF) e o direito fundamental à assistência social (arts. 203 e 204 da CF) constituem direitos públicos subjetivos que têm em contrapartida o dever do Estado em prestá-los através da implementação de políticas sociais e econômicas sem que haja necessidade de qualquer contraprestação pecuniária específica pelo beneficiário da norma constitucional.¹⁰²

Com efeito, o direito fundamental material à saúde é albergado no art. 6º da CF que trata dos direitos fundamentais sociais e no art. 196 também da CF que é expresso ao estabelecer que a *saúde é direito de todos e dever do Estado* (primeira parte), de modo que o texto constitucional é impositivo ao estabelecer que o direito de todos à saúde tem, como contrapartida, o dever do Estado de assegurá-lo; razão pela qual o direito à saúde constitui direito público subjetivo (componente ativo do direito), juridicamente acionável, pois tem, em contrapartida, o dever do Estado em prestá-lo (componente passivo do direito). Ademais, a concretização do direito material à saúde significa, não raro, assegurar o próprio direito fundamental à vida, consagrado no art. 5º, *caput*, da CF. Sobre o direito prestacional à assistência social se tratará em tópico separado na seqüência.

Por outro lado, entende-se que outros direitos sociais prestacionais, como a moradia, embora tenha eficácia plena no sentido de limitar a atividade legiferante ou executiva que venha a violá-la ou mesmo em respeito à regra da impenhorabilidade do bem de família, ou ainda corresponda a um dever jurídico de implementação progressiva a ser cumprido pelo Estado, não se consegue visualizar, na norma constitucional, uma estrutura

¹⁰² Conforme discorre Ricardo Lobo Torres: “Releva acentuar que a assistência social gratuita aos pobres, que implica *imunidade de taxa*, ou de tributos contraprestacionais, foi objeto de longa elaboração legislativa e doutrinária. Na Inglaterra sobressaiu o *Poor Law Amendment Act* (1834), com extensa regulamentação do assunto. A doutrina se esforçou no sentido de distinguir entre indigência e pobreza, ao fito de limitar a obrigatoriedade do auxílio estatal aos indigentes, que eram os incapazes de obter meios para a sobrevivência, ao contrário dos pobres que poderiam conseguir recursos pelo trabalho; aliás, até hoje permanece importante a distinção, que se modernizou em torno do dilema *miséria absoluta/miséria relativa*, aquela gerando direito subjetivo público e esta sujeita às disponibilidades financeiras do Estado para a sua garantia”. (TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 135-136).

lógico-normativa capaz de gerar um direito subjetivo público consistente na possibilidade de o indivíduo exigir judicialmente uma prestação estatal.¹⁰³

Assim, apesar de grande parte das normas constitucionais haverem sido tomadas, inicialmente, como simples diretrizes traçadas pelo poder constituinte, sem força normativa e relegadas à discricionariedade (vontade) do legislador ordinário, isto é, necessitarem da regulamentação em lei infraconstitucional para serem aplicáveis, na égide de um Estado Democrático-social de Direito, norteado por princípios como a primazia da dignidade da pessoa humana (inclusive erigida à condição de finalidade precípua da ordem econômica no art. 170 da CF), pela promoção da justiça social e do bem comum, e ainda pelos princípios da máxima otimização e menor restrição possível aos direitos fundamentais, não é mais possível adotar-se plenamente tal entendimento, sob pena de se legitimar a manutenção do *status quo*, a manutenção da ordem jurídica e social já estabelecida; é negar ao direito a condição de ciência transformadora da realidade social.

1.4.1.1 Ainda sobre os beneficiários dos direitos sociais prestacionais

Ao se afirmar que determinados direitos sociais prestacionais previstos no texto constitucional constituem direitos subjetivos públicos mesmo sem (ou para além) a devida regulamentação pelo legislador ordinário, não se elucida por completo a questão. Mister ainda, quando se fala na dimensão subjetiva dos direitos sociais, questionar quem são os beneficiários da norma constitucional e quais os requisitos necessários à concessão do benefício respectivo. Ainda, qual a natureza do direito abrangido pela norma: individual,

¹⁰³ Nesse sentido: PANSIERI, Flávio. Condicionantes à sindicabilidade dos direitos sociais. *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Antonio de Menezes. (Org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 273

coletivo ou difuso¹⁰⁴, posto que atualmente reconhecida a existência de direito subjetivo difuso relativo a sujeitos indeterminados, tido como de interesse de toda a sociedade e não de grupos sociais determinados.¹⁰⁵

Roberto Senise Lisboa distingue o que entende por “direitos subjetivos públicos”, atrelando estes aos concernentes à conservação do Estado e da ordem pública, de “direitos subjetivos sociais”, incluindo nesta última categoria os direitos tidos como direitos sociais fundamentais subjetivos, incluídos os direitos da personalidade e liberdades públicas em geral (art. 5º), os direitos sociais do trabalho, da saúde, da previdência e da assistência social (arts. 194 a 204), o direito à educação e a cultura (arts. 205 a 216), entre outros (note-se que o autor entende incabível a distinção entre os direitos individuais da personalidade e os direitos sociais). Ainda, considera os direitos subjetivos sociais como parte do “interesse difuso” ao afirmar que: *o Estado deve fomentar a consagração prática dos direitos subjetivos sociais, em que pese se referirem a um número indeterminado de pessoas que não podem ser totalmente identificadas (interesse difuso).*¹⁰⁶

¹⁰⁴ Utiliza-se aqui essas noções conforme estabelecidas pelo art. 81, parágrafo único, e incisos, do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para os efeitos desse Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato; II – Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”. Todavia alerta Kazuo Watanabe em comentário a este dispositivo legal que: “No plano sociológico, o conflito de interesses pode dizer respeito, a um tempo, a interesses ou direitos “difusos” e “individuais homogêneos”. Suponha-se, para raciocinar, uma publicidade enganosa. Enquanto publicidade, a ofensa atinge a um número indeterminável de pessoas, tratando-se em consequência de lesão a interesses ou direitos “difusos”. Porém, os consumidores que, em razão da publicidade, tiverem adquirido o produto ou o serviço ofertado, apresentarão certamente prejuízo individualizado e diferenciados, de sorte que estamos aí diante de lesão a interesses ou direitos “individuais homogêneos” [...] É na transposição do conflito de interesses do plano extraprocessual para o processual e na formulação do pedido e do provimento jurisdicional que são cometidos vários equívocos. A tutela de interesses “coletivos” tem sido tratada, por vezes, como tutela de interesses ou direitos “individuais homogêneos”, e a de interesses ou direitos “coletivos”, que por definição legal são de natureza indivisível, tem sido limitada a um determinado segmento geográfico da sociedade, com uma inadmissível atomização de interesses ou direitos de natureza indivisível”. (WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 750-751).

¹⁰⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 55 e 62.

¹⁰⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 71.

Eduardo Appio¹⁰⁷ assevera que os bens sociais discriminados no art. 6º da CF são bens sobre os quais convergem os interesses difusos, ainda que possam tocar, de forma direta, a um número determinado de cidadãos, como exemplo, uma medida administrativa que imponha restrições aos portadores de deficiência, por entender que o interesse neste caso é difuso na medida em que *há interesse de toda a sociedade brasileira na criação das condições necessárias para que os deficientes tenham uma vida digna dentro de sua condição específica*. Todavia, não se confunde interesse público (primário que de certa forma converge com o interesse social)¹⁰⁸ com o interesse difuso, pois apesar de, efetivamente, também se poder incluir os interesses difusos como espécie de interesse público, de forma alguma podem ser tomados como sinônimos¹⁰⁹, segundo assertiva de Rodolfo de Camargo Mancuso:

Parece-nos, todavia, conveniente salientar que o *interesse público* é um interesse *metaindividual* (à saúde, à segurança) atomizado e compartilhado por toda a sociedade civil, restando pensável um conflito “indivíduo-Estado”, a respeito da *forma* de gestão desse interesse. Já o interesse difuso, por não constar com uma base normativa própria, exurgindo de circunstâncias de fato, conjunturais (consumir produto, habitar certa região) enseja o confronto entre *interesses de massas*, sustentados por grupos contrários (a *conflitualità massima*), referida pela doutrina italiana.¹¹⁰

Luís Roberto Barroso¹¹¹ distingue os direitos sociais do direitos difusos, ao afirmar que os primeiros visam à elevação das condições materiais e morais do indivíduo, direcionados à justiça social e a outros valores transcendentais enquanto os segundos referem-se a direitos titularizados pela coletividade como um todo, sendo indivisível o seu objeto,

¹⁰⁷ APPIO, Eduardo. *A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 46-47.

¹⁰⁸ Sobre a diferenciação entre interesse social, interesse geral e interesse público, a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso que, não obstante, conclui que “[...] a tarefa de se tentar a separação rigorosa dessa trilogia não seria fadada a um bom termo: mesmo que seja possível, como visto, surpreender certos elementos identificadores de cada espécie, eles não são em número e intensidade tal que permita a autonomia conceitual dessas expressões entre si”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 24-32).

¹⁰⁹ Sobre o assunto: DENTI, Vittorio. Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, esp. p. 15-16.

¹¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 125-126.

¹¹¹ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

como o meio ambiente. Entende que os direitos difusos não enfrentam os problemas ideológicos e discriminatórios que afetam os direitos sociais no que atine à proteção judicial e a existência de meios processuais eficazes.

Por outro lado, José Joaquim Gomes Canotilho¹¹² assinala que a estrutura subjetiva dos direitos fundamentais, ou a *subjetivação* dos direitos fundamentais, considera que os direitos são, em primeira linha, *direitos individuais*, mesmo quando se reconhece à formações sociais (partidos, sindicatos) a titularidade dos direitos, visto servirem para defesa dos interesses individuais de seus membros e não, em princípio, como garantia da ordem objetiva ou de bens coletivos. Em complementação Celso Lafer incursiona:

A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer, pela reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do “bem-estar social”, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômicos-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo, impedindo, desta maneira, a invasão do *todo* em relação ao *indivíduo*, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho.¹¹³

No mesmo sentido Ingo Wolfgang Sarlet discorre que a presunção em favor da perspectiva subjetiva (individual) decorre do valor outorgado à autonomia individual enquanto expressão da dignidade da pessoa humana, o que não exclui a possibilidade, inclusive reconhecida na Constituição Federal brasileira, *de atribuir-se a titularidade de*

¹¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 1217.

¹¹³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 127-128.

*direitos fundamentais subjetivos a certos grupos ou entres coletivos que, todavia [...] gravitam, em última análise, em torno da proteção do ser humano em sua individualidade.*¹¹⁴

Todavia, a proteção dos direitos fundamentais atende ao interesse público primário¹¹⁵ identificado, conforme idéia corrente, com o interesse social da coletividade e, portanto, embasado na solidariedade social e na busca do bem comum¹¹⁶, razão pela qual a proteção do ser humano em sua individualidade não pode ser confundida com o individualismo jurídico próprio do Estado liberal-clássico. Nesses termos Edson Seda bem coloca que:

[...] há interesses dos indivíduos, ou de coletividades específicas, ou difusamente distribuídas na sociedade, que as normas públicas entendem serem interesses do bem comum. São os interesses chamados indisponíveis, que não dependem da queixa das pessoas ameaçadas ou violadas. Tais interesses sendo ameaçados ou feridos, mesmo quando o afetado seja um único indivíduo, a lei considera que houve um dano de natureza pública.¹¹⁷

Desta feita, não se pode concordar com Eduardo Appio, quando este afirma que a previsão constitucional da *existência de bens de mais alta importância para os cidadãos, como, por exemplo, os constantes do “caput” do art. 6º - direitos sociais – os quais somente podem ser protegidos através de ações coletivas* (grifado)¹¹⁸, apesar de, efetivamente, ser passível a ação coletiva, inclusive para tutela dos direitos individuais indisponíveis, como exemplo a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público (art. 127, CF)¹¹⁹ para tutela de uma única criança ou adolescente.¹²⁰

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 156.

¹¹⁵ A questão da distinção entre interesse público primário e secundário será tratado mais pormenorizadamente em tópico próprio deste estudo.

¹¹⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 58. Atenta ainda este autor para o fato de que “Instituída a noção de socialização do Direito, justamente a partir da distinção de interesse público primário e secundário, o Estado perdeu o seu papel central, em prol do bem-comum, que não mais se misturava com a premissa de “o que é bom para o Estado é bom para a sociedade””. (ob cit., p. 60)

¹¹⁷ SÉDA, Edson. *Construir o passado: ou como mudar hábitos, usos e costumes, tendo como instrumento o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Série Direitos da Criança 2, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 89

¹¹⁸ APPIO, Eduardo. *A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 43.

¹¹⁹ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses social e individuais indisponíveis.

Ademais, o art. 6º da CF deve ser analisado sistematicamente com outros dispositivos constitucionais e, em que pese se estar diante de direitos sociais cujo objeto precípua não é uma prestação individualizada e sim a realização de políticas públicas, sua titularidade deve se estender não só aos grupos vulneráveis, mas ser exigido do Poder Público de imediato e individualmente caso se enquadrem na categoria “direito subjetivos públicos”, cuja conotação adotada no presente trabalho foi delineada no item anterior. Desta feita, o direito ao ensino obrigatório e gratuito é constitucionalmente reconhecido como direito público subjetivo (art. 208, §1º). Todavia não deve receber interpretação restritiva, pois *todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema direito individual-dever do Estado configuram, da mesma sorte, direitos públicos subjetivos.*¹²¹

¹²⁰ A jurisprudência já demonstra uma práxis prospectiva nessa seara, apesar de não unânime: PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CASSAÇÃO DE LIMINAR. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR ILEGITIMIDADE ATIVA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO, PELO ESTADO, À CRIANÇA HIPOSSUFICIENTE, PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO DAS DELIMITAÇÕES. PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL. ART. 7º, C/C OS ARTS. 98, I, E 101, V, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ARTS. 5º, CAPUT, 6º, 196 E 227, DA CF/1988. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR E DO COLENDO STF. 1. Recurso especial contra acórdão que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, em face da ilegitimidade ativa do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, o qual ajuizou ação civil pública objetivando a proteção de interesses individuais indisponíveis (direito à vida e à saúde de criança ou adolescente), com pedido liminar para fornecimento de medicação (hormônio do crescimento recombinante TTO) por parte do Estado. 2. O art. 7º, c/c os arts. 98, I, e 101, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dão plena eficácia ao direito consagrado na Carga Magna (arts. 196 e 227), a inibir a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico a menor necessitado, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam acarretar a não-realização. 3. Pela peculiaridade do caso e, em face da sua urgência, há que se afastarem delimitações na efetivação da medida sócio-protetiva pleiteada, não padecendo de qualquer ilegalidade a decisão que ordena a Administração Pública dê continuidade a tratamento médico, psiquiátrico e/ou psicológico de menor [...] 7. Prejuízos irá ter o menor beneficiário se não lhe for concedida a liminar, visto que estará sendo usurpado no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo juiz, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público. 8. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF. 9. Recurso provido (REsp. 662.033/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, 1ª Turma, DJ. 08.11.2004); “[...] É o entendimento predominante nesta Corte de Justiça de ser o Ministério Público parte legítima no ajuizamento de Ação Civil Pública que visa garantir a um menor o recebimento de tratamento médico pelo Estado, eis que se trata de direito indisponível, cuja defesa está albergada pelas atribuições do Parquet, ante a conjugação do disposto nos arts. 7º do ECA e 127 da CF/88. Precedentes: REsp nº 716.512/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 14/11/2005 e EDcl no REsp nº 662.033/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 13/06/2005” (AgRg no Agravo de Instrumento nº 716.196/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 26.06.2006).

¹²¹ JESUS, José Sérgio. A ação civil pública como proteção contra a mitigação da garantia constitucional do direito à educação. *Universitas JUS*, Brasília, n. 13, p. 8-9, jan./jul.2006.

Neste contexto, Nikitas Aliprantis discorre que apesar de a titularidade dos direitos sociais pertencer, primeiramente, aos diferentes grupos existentes na coletividade conforme reúnam as condições imanentes a cada direito social, isto é, apesar da característica coletiva dos sujeitos de direitos sociais, é imprescindível que se estenda explicitamente a qualidade de sujeito de direitos sociais aos indivíduos, ou em outras palavras, que a autoridade pública (estatal, infra-estatal ou supra-estatal) possa *reconhecer também os indivíduos como sujeitos de direitos sociais*.¹²² Flávia Piovesan, a seu turno, expõe que esse processo implica ainda *a especificação do sujeito de direito, tendo em vista que, ao lado do sujeito genérico e abstrato, delinea-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações*.¹²³

Por esta razão, ao lado das categorias classificatórias dos direitos humanos¹²⁴ e fundamentais (direitos civis e políticos/direitos sociais, econômicos e culturais; direitos de defesa/direitos prestacionais) deve-se pensar nas categorias de *peças protegidas* pela norma de direito fundamental tidas como necessitadas de proteção especial, como os idosos, deficientes físicos, crianças e adolescentes, índios, trabalhadores, entre outros¹²⁵, detentores de direitos individuais indisponíveis em face da coletividade brasileira. Celso Lafer considera que *eles são direitos individuais das pessoas, que integram uma minoria para, em conjunto, exercer em comum com os demais membros do seu grupo, no âmbito interno dos Estados, os direitos correspondentes*.¹²⁶

De qualquer sorte, a proteção estatal deve cingir-se ao indivíduo, grupo ou coletividade carente de proteção social, isto é, deve beneficiar distintas categorias de pessoas

¹²² ALIPRANTIS, Nikita. Les droits sociaux sont justiciables. *Droit Social*. n° 2, Paris, p. 162, février.2006.

¹²³ PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. In: *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 130.

¹²⁴ Lembrando-se que a expressão “direitos humanos” tem cunho universalista e transnacional deve-se fazer referência a pactos que tratam da matéria como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966).

¹²⁵ Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 39.

¹²⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 157.

conforme as necessidades apresentadas por cada uma delas, de forma a atender a uma igualdade substancial, não mais meramente formal e abstrata fundada na generalidade das leis.¹²⁷ Isto porque, conforme discorre Laetitia Bonnard-Plancke e Pierre-Yves Verkindt¹²⁸, a igualdade formal apesar de representar conquista importantíssima e necessária não é suficiente à realização da justiça social, visto a tensão existente entre a igualdade jurídica (igualdade no direito, na lei) ou mesmo a igualdade política, e a diversidade das situações sociais existentes, o que torna imperioso a obtenção de uma igualdade *pela lei* (*par la loi*) e não *na lei* (*dans la loi*). Desigualdade de fato para a qual deve atentar-se o legislador.

Na prática, tem-se tornado corrente a expressão *ações afirmativas* para designar diversas medidas voltadas a erradicar ou minimizar a discriminação historicamente sofrida por determinados grupos sociais, como os negros¹²⁹, as mulheres¹³⁰ ou mesmo os homossexuais¹³¹, ou então tendentes à redução das desigualdades entre grupos considerados desfavorecidos ou, de alguma forma, excluídos da dinâmica social ou marginalizados, como os pobres e desamparados.¹³² É a existência do pluralismo social ou da *separação dos setores*

¹²⁷ SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. in: *Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 15.

¹²⁸ BONNARD-PLANCKE, Laetitia; VERKINDT Pierre-Yves. Égalité et diversité: quelles solutions? In: *Droit Social*. n° 11, Paris, p. 968, nov.2006.

¹²⁹ No Brasil, estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstram que passados 118 anos da abolição da escravidão no país os negros e pardos das principais metrópoles do país sofrem mais com o desemprego e têm dificuldade de acesso ao mercado de trabalho. Mais da metade (50,8%) dos desempregados em setembro deste ano eram negros ou pardos, apesar de eles serem a minoria (42,8%) da população total em idade ativa (acima de dez anos). As estatísticas mostram também entre todas as pessoas com mais de dez anos 45,9% dos brancos tinham mais de 11 anos de estudo contraposto ao percentual de 28,5% para negros e pardos. (Fonte: Jornal Folha de Londrina, caderno economia, 18/11/2006, p. 1). Atente-se, neste contexto, a existência de programas como o “Programa de Ação-Afirmativa do Instituto Rio Branco” (IRBr), órgão vinculado ao Ministério das Relações Exteriores, que oferece bolsas a afrodescendentes possam participar de cursos preparatórios para ingresso na carreira diplomática. (FONTE: Jornal Folha de Londrina. Caderno empregos & concursos, 30/10/2006, p. 7). Ainda o programa de cota em universidades e a reserva de vagas em determinados concursos públicos.

¹³⁰ SANTOS, Sidney Francisco Reis dos. *Mulher: sujeito ou objeto de sua própria história?* Um olhar interdisciplinar na história dos direitos humanos das mulheres. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

¹³¹ Quanto aos homossexuais amplamente citado o caso norte-americano *Romer v. Evans* como precursor do ativismo em torno da proteção dos direitos dos homossexuais pela Suprema Corte, conforme discorre: SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Romer v. Evans: “O Amor que não ousa dizer o seu nome”*. *Temas de direito constitucional norte-americano*. VIEIRA, José Ribas (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 163-202.

¹³² O assunto também é abordado por: BONNARD-PLANCKE, Laetitia; VERKINDT Pierre-Yves. Égalité et diversité: quelles solutions? In: *Droit Social*. n° 11, Paris, p. 975-976, nov.2006.

estruturais sociais nas palavras de Ralf Dahrendorf.¹³³ De forma genérica, as ações afirmativas visam à *proteção das minorias*¹³⁴ e não estão imunes às mais variadas críticas¹³⁵, apesar de estarem voltadas à proteção de categorias de pessoas mais sujeitas a sofrerem negação de seus direitos, conforme afirma Jean Morange.¹³⁶

Quanto à qualidade dos beneficiários abrangidos pela norma de proteção social é preciso ter-se em mente, conforme ressalta Nikitas Aliprantis, que *os grupos de pessoas não só são diferentes de um direito social a um outro, mas também no seio de um mesmo direito social, o grupo é a composição cambiante*.¹³⁷

Desta forma, e a título de exemplo, a prestação do benefício assistencial continuado previsto no art. 203, V, CF, não se destina, indiscriminadamente, a todos os idosos ou deficientes existentes no Brasil, mas apenas àqueles em situações marginalizantes ou de exclusão social, isto é: aos idosos ou deficientes *carentes*, conforme se tratará especificamente no próximo tópico.

Ademais, na égide de um Estado Democrático de Direito como o brasileiro que objetiva, precipuamente, promover a justiça social e o bem-estar de todos, em que a dignidade da pessoa humana serve de parâmetro – e limite – à inação (omissão) do Estado no que tange à proteção dos direitos fundamentais sociais¹³⁸, a dignidade humana assume feição

¹³³ O Autor alemão não entende adequada a expressão pluralismo social. (DAHRENDORF, Ralf. *Sociedade e liberdade*. Tradução Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 149).

¹³⁴ Lembrando-se ainda, a despeito da existência de controvérsia sobre a própria definição de minorias, que “o critério objetivo numérico pode ser insuficiente para determinar o conceito de minoria, sendo a exclusão social e a falta de participação nas decisões políticas o melhor critério de definição”. (LOPES, Ana Maria D’Ávila. A participação política das minorias no Estado democrático de direito brasileiro. *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Antonio de Menezes. (Org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 91).

¹³⁵ Sobre o assunto: MELLO, Marco Aurélio. Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. MARTINS, Ives Granda da Silva (Coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 37-44.

¹³⁶ MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. Tradução Eveline Bouteiller. 5ª ed., Barueri: Manole, 2004, p. 431.

¹³⁷ Tradução livre: “[...] les ensembles de personnes non seulement sont différents d’un droit social à un autre, mais aussi qu’un sein d’un même droit social, le groupe est à composition changeante”. (ALIPRANTIS, Nikitas. Les droits sociaux sont justiciables. *Droit Social*. n° 2, Paris, p. 162, février.2006).

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, esp. p. 322-323.

de verdadeiro direito subjetivo público, através do qual *possível exigir um “facere” estatal para atender a um rol mínimo de direitos.*¹³⁹

Razão pela qual entende-se, no caso brasileiro, para ser devida proteção social pelo Estado quando ainda *não regulamentado* o direito social prestacional é necessária existência fática de situações denominadas “limites”, de forma a assegurar um “padrão mínimo existencial” cujo parâmetro está em assegurar a própria *dignidade* da pessoa humana através de meios mínimos de subsistência e de autodeterminação¹⁴⁰, sem o que se estaria a defender ideologias próprias do Estado Socialista, e não em concretizar os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro através do pacto democrático-social de 1988. Conforme preleciona José Hermílio Ribeiro Serpa:

Esses direitos objetivam proporcionar o direito à igualdade de oportunidade. São direitos positivos no sentido de que direcionam o Estado para a realização de um programa voltado para a prossecução da igualdade. Representam essas normas mais do que uma exortação programática aos governantes, mas, na realidade, um dever prestacional do Estado em relação aos seus cidadãos, de modo que, existindo ou não norma jurídica infraconstitucional reguladora, o Estado subscritor desse compromisso deve tentar assegurar a eficácia desses mandamentos imperativos. Assim, se uma constituição consagra a dignidade da pessoa humana (caso do Brasil, Art. 1º, III e Art. 170, 226, §7º e 230), não pode permitir que um cidadão ou cidadã pereça de fome por falta de emprego, morra nas filas dos hospitais por falta de assistência médica ou deixe uma pessoa idosa em absoluto desamparo, sendo viável ao que se encontrarem em situação de carência absoluta, como nas hipóteses cogitadas, exigir judicialmente do Estado a correção da situação anômala.¹⁴¹

De qualquer sorte deve haver razoabilidade entre as exigências individuais e os padrões sociais, não sendo possível impor ao Estado obrigações prestacionais exacerbadas, fora dos limites do razoável. Assim, por exemplo, a concessão de assistência social a quem possui meios próprios de subsistência ou (o que é pior) negá-la para quem não tem, além de

¹³⁹ GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista da Ajufe*. Ano 23, nº 81, p. 138, 3º trimestre/2005.

¹⁴⁰ Nesse contexto o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana desempenha papel limitador da restrição a direitos fundamentais (“limite dos direitos” e “limite dos limites”), confundindo-se com o núcleo essencial destes direitos, quando se pode falar em “proteção dos direitos fundamentais por meio da dignidade da pessoa”, sem que para tanto se fale em uma regra hermenêutica fixa ou imutável. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, esp. p. 118 a 124.

¹⁴¹ SERPA, José Hermílio Ribeiro. *A Política, o Estado, a Constituição e os Direitos Fundamentais: um reexame fenomenológico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 169-170.

ferir o princípio da igualdade substancial não passaria no *teste de razoabilidade* a que se refere José Joaquim Gomes Canotilho¹⁴², razão pela qual mostra-se inadequado a utilização de parâmetros estritamente objetivos para concessão do benefício assistencial, como se passa a expor no tópico seguinte.

1.4.2 Particularidades sobre o dever de prestar assistência social

O direito fundamental à assistência social é expressamente assegurado pelos arts. 6º, 203 e 204 da CF. Inobstante, o direito à assistência social ainda vem implicitamente consagrado no Preâmbulo da Constituição Federal ao proclamar ser o Estado democrático brasileiro destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais; nos fundamentos do Estado brasileiro ao se assegurar no art. 1º da CF: a dignidade da pessoa humana (inc. III) e os valores sociais do trabalho (inc. IV); também nos objetivos traçados no art. 3º: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inc. III), e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inc. IV); ainda no art. 4º, a assistência social vem incluída como princípio norteador das relações internacionais com a previsão de prevalência dos direitos humanos (inc. II).¹⁴³ Ater-se-á na análise deste direito social devido à sua relevância axiológica e às peculiaridades previstas no texto constitucional, sobretudo tendo em vista as particularidades das pessoas a que se destina.¹⁴⁴

¹⁴² “[...] O teste de razoabilidade será também um esquema metódico que permite excluir a existência de um verdadeiro conflito de bens pelo facto de um dos direitos invocados não estar ou não se poder considerar “enquadrado” na esfera de proteção de uma norma constitucional”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 1201).

¹⁴³ Cf. VILAS BOAS, Marco Antonio. *Estatuto do idoso comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 74.

¹⁴⁴ Também os direitos fundamentais à educação e à saúde, devido às devidas relevâncias no contexto social, serão tratados no decorrer da dissertação, sem ainda querer relegar a importância vital dos demais direitos sociais prestacionais como o direito moradia, segurança e previdência pública, entre outros expressamente consagrados pelo art. 6º da CF.

A assistência social, assim como a saúde e a previdência, são direitos garantidos pela seguridade social compreendida esta como: *um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social* conforme disciplinado pelo art. 194 da CF.¹⁴⁵ A seguridade é financiada por toda a sociedade, de forma direta ou indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, e por contribuições sociais recolhidas por determinados setores da sociedade (art. 195, CF).¹⁴⁶

O direito fundamental a assistência social é assegurado a todas as pessoas que dela necessitarem e sem que tenha a pessoa desamparada contribuído para a seguridade social (art. 203, *caput*, CF). São objetivos deste direito social prestacional: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (inc. I); o amparo às crianças e adolescentes carentes (inc. II); a promoção da integração ao mercado de trabalho (inc. III); a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (inc. IV); e, por fim, garantir a prestação de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso¹⁴⁷ que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (inc. V).¹⁴⁸ Conforme lição de Ingo Wolfgang Sarlet, ao enunciar estes objetivos o Constituinte acabou por definir o perfil dos titulares do direito fundamental.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Anota Anthony Giddens, as políticas relacionadas à previdência social surgidas após a Segunda Guerra Mundial objetivavam tratar todos os cidadãos como parte de uma ordem nacional mais inclusiva através da outorga ao Estado de responsabilidade pelo atendimento daqueles que, de alguma forma, estivessem impossibilitados de ter participação econômica ativa. (GIDDENS, Anthony. *Em defesa da sociologia*. Tradução Roneide Venâncio Majer e Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Unesp, 2001, p. 292).

¹⁴⁶ Atualmente a Cofins – “Contribuição para o financiamento da seguridade social” representa uma das maiores fontes de arrecadação federal – R\$ 87,784 bilhões em 2006. (Fonte: Folha de Londrina, caderno economia, 19 de janeiro de 2007, p. 1).

¹⁴⁷ O art. 34 do Estatuto do Idoso reduz de 67 para 65 anos a idade mínima para pleitear o benefício assistencial de prestação continuada. Contudo, o art. 1º do Estatuto do Idoso é expresso ao estabelecer como idosa com idade igual ou superior a 60 anos de idade.

¹⁴⁸ Em atenção à “programaticidade” da norma constitucional foi elaborada a Lei 8.742/93 (LOAS), posteriormente alterada pela Lei 9.720/98, para regulamentação da questão, o que não altera entendimento

Da leitura da norma constitucional inserta no inc. V do art. 203 da CF, possível verificar a exigência de apenas dois requisitos¹⁵⁰ para concessão do benefício de prestação continuada ao idoso e à pessoa portadora de deficiência: a) a própria condição pessoal do beneficiário (ser idoso ou ser deficiente); b) a situação de desamparo, expressada na segunda parte do inc. V. De modo que a prestação do benefício social no importe de um salário mínimo às pessoas portadoras de deficiência ou idosas, é devida pelo Estado a todas aquelas que além possuam alguma destas condições pessoais (ser deficiente ou idoso), ainda se enquadrem no segundo requisito da norma constitucional: não possuam meios de prover a própria manutenção ou de tê-la mantida por sua família.

A prestação do benefício assistencial requer *continuidade* na sua prestação através de renda mensal e o dever do Estado em prestar um salário mínimo ao beneficiário que preencha os dois requisitos acima elencados perdura enquanto não houver alteração na situação de miserabilidade econômico-financeira do beneficiário ou de sua família. O benefício de prestação continuada, assim, é direito social prestacional que objetiva prover uma renda mínima mensal para evitar que determinadas pessoas, em decorrência de suas condições pessoais e em situação de desamparo, sejam excluídos do meio social (marginalizados) por não ter dinheiro para suprir suas necessidades mais básicas¹⁵¹.

O legislador infraconstitucional visando regulamentar a questão definiu, no art. 20, §3, da Lei n. 8.742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social (Loas)-, critério objetivo para identificação da pessoa deficiente ou idosa em situação de desamparo, conforme

pessoal de que o direito social previsto no texto constitucional constitui direito público subjetivo diretamente aplicável a partir do texto constitucional, inclusive pelo disposto no §1º do art. 5º da CF.

¹⁴⁹ Cf. lição de Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] o Constituinte, além de determinar a prestação do benefício independentemente de qualquer contribuição à seguridade social (art. 203, *caput*, da CF), ao enunciar os objetivos da assistência social, também acabou por definir o perfil de seus beneficiários, isto é, dos titulares do direito fundamental (art. 203, incs. I a V, da CF). (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 293-294)

¹⁵⁰ Neste sentido recente julgado proferido pelo TRF-4ª Região, Apelação Cível nº 2005.71.15.000718-0/RS, 5ª Turma, Rel. Des. Federal Celso Kipper, DJU 15/5/2006.

¹⁵¹ BRAGA, Pérola Melissa V.. *Direitos do Idoso*: de acordo com o Estatuto do Idoso. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 150.

preceitua o dispositivo legal: *Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.*

Não obstante, procedendo-se uma interpretação destes dispositivos através das lentes constitucionais fica difícil ater-se tão-somente ao critério objetivo estabelecido pelo legislador ordinário. Com efeito, a questão deve ser tratada à luz dos princípios da razoabilidade na aplicação das leis, da dignidade da pessoa humana e da teoria do mínimo existencial¹⁵². A norma constitucional é expressa em estabelecer que a assistência social *deverá ser prestada a quem dela necessitar* e independentemente de ter ou não o beneficiário contribuído para a seguridade social (*caput* do art. 203), fixando em seu inc. V que a prestação será de um salário mínimo mensal a qualquer a pessoa que, além de idosa ou portadora de deficiência, não puder prover por si próprio ou por sua família sua subsistência, de modo que a questão não pode ser pautada em critérios estritamente objetivos, mas sim mediante verificação das reais necessidades apresentadas pelo caso concreto. Este posicionamento é amplamente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, entendendo que a renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo deve ser considerada *apenas como um limite mínimo*¹⁵³, mesmo após o Supremo Tribunal Federal ter entendido pela constitucionalidade do parâmetro objetivo fixado pela Lei 8.742/93.¹⁵⁴

¹⁵² A questão, ademais, encontra-se pacificada no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme trecho da ementa proferida no REsp 308.711/SP: “A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça pacificou já entendimento no sentido de que o critério estabelecido no art. 20, parágrafo 3º, da Lei 8.742/93 (comprovação da renda per capita não superior a ¼ do salário mínimo) não exclui que a condição de miserabilidade, necessária à concessão do benefício assistencial, resulte de outros meios de prova, de acordo com cada caso em concreto” (STJ, REsp 308.711/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 10.03.2003, p. 323).

¹⁵³ Neste sentido já tem se posicionado a jurisprudência, conforme julgados do STJ: PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS LEGAIS. ART. 20, §3º, DA LEI Nº 8.742/93. ANÁLISE DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. I – A assistência social foi criada com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem a ação da Previdência. II – O preceito contido no art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no art. 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de

Observando a questão através das lentes constitucionais a situação limite é auferida a partir da dignidade da pessoa humana, sendo devida a prestação de assistência social a todas as pessoas que se encontrem no limiar entre a vivência digna e a (sobre)vivência miserável¹⁵⁵, tendo como limite o “mínimo ético irreduzível” da pessoa humana.¹⁵⁶ Sob outro aspecto, a jurisprudência pátria tem entendido que o próprio legislador vem alternando o que considera limites para fins da renda mínima, como demonstram as Leis nº 9.533/97 (art. 5º, inc. I – Programa de Garantia de Renda Mínima) e 10.219/01 (Bolsa Escola), quando estabelecem que se presume miserável aquele cuja renda mensal seja inferior a $\frac{1}{2}$ salário mínimo (e não $\frac{1}{4}$ do salário mínimo como a LOAS).¹⁵⁷

Assim, deve haver razoabilidade na aplicação dos critérios objetivos previstos no art. 20, §3º da Lei 8.742/93, através do que se pode denominar uma *hermenêutica de princípios* ou *hermenêutica da legitimidade e da constitucionalidade material*¹⁵⁸, pautada na técnica da ponderação de bens, no princípio da razoabilidade das leis e no princípio axiológico da dignidade da pessoa humana, o qual além de constituir princípio fundamental

miserabilidade do autor. Precedentes. (AgRg no REsp 835.439/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, 5ª Turma, j. 12.09.2006, DJ 09.10.2006, p. 355). No mesmo sentido: REsp 612.097/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, 5ª Turma, j. 07.04.2005, DJ 09.05.2005, p. 460; AgRg no REsp 538.769/RS, Rel. Ministro PAULO MEDINA, 6ª Turma, j. 06.11.2003, DJ 01.12.2003, p. 410.

¹⁵⁴ Ementa: “Constitucional. Impugna dispositivo de lei federal que estabelece o critério para receber o benefício do inciso V do art. 203, da CF. Inexiste a restrição alegada em face ao próprio dispositivo constitucional que reporta à lei para fixar critérios de garantia do benefício de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta lei traz hipótese objetivada de prestação assistencial do Estado. Ação julgada improcedente. (STF, ADI 1232/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 27/8/1998, DJ 01/06/2001, p. 95).

¹⁵⁵ Ao tratar do assunto Berenice Rojas Couto aufere que “O critério da pobreza remete para o sentido *stricto sensu*, onde a pobreza absoluta acaba prevalecendo”. (COUTO, Berenice Rojas. *O direito social e a assistência social na sociedade brasileira: uma equação possível?* 2ª ed., São Paulo: Cortez, 2006, p. 176).

¹⁵⁶ Cf. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. *(Neo)Constitucionalismo: Ontem os códigos; hoje as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, vol. 1, n. 2, p. 98.

¹⁵⁷ Cf. TRF4, AG 2006.04.00.032463-4, 5ª Turma, Rel. Luiz Antonio Bonat, DJ 27/10/2006. Deve-se, ainda, levar-se em extrema consideração que o parâmetro objetivo recentemente utilizado para se considerar a situação de miséria, ou seja, cidadão vivendo abaixo da linha da pobreza, é de R\$ 121,00 per capita, faixa em que se encontra 42,6 milhões de brasileiros conforme dados fornecidos pelo Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas – FGV (Fonte: Jornal Folha de Londrina, Caderno Economia, edição de 23/09/2006, p. 1). Portanto, por ser o valor do salário-mínimo vigente no país hoje de R\$ 350,00 e o critério adotado pela LOAS (1/4 do salário mínimo), para que o idoso ou deficiente tenha direito ao benefício assistencial continuado, o núcleo familiar deve dispor de R\$ 87,50 por pessoa. Em síntese, este valor está abaixo, ainda, da própria linha da “miséria” (?).

¹⁵⁸ Cf. BONAVIDES, Paulo. A democracia participativa e os bloqueios da classe dominante. *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Barueri: Manole, 2005, p. 439.

previsto no art. 1º, inc. III, CF, ainda constitui finalidade primeira da ordem econômica nacional, conforme disposto no art. 170, *caput*, da CF, e também por estar o dever de prestar assistência social consubstanciado nos próprios objetivos fundamentais do Estado democrático brasileiro traçados no art. 3º, incs. III e IV, da CF.

Ressaltando-se, qualquer pessoa que preencha ambos os requisitos estabelecidos no texto constitucional: ser idosa ou portadora de deficiência, e estar em situação de necessidade econômica (condição de miserabilidade social), possui direito público subjetivo, juridicamente acionável, podendo-se requerer em juízo a concessão e manutenção da prestação do referido benefício previsto no inc. V, do art. 203, mediante tutela específica de obrigação de fazer, por representar o dever do Estado em prestar o benefício assistencial continuado uma prestação positiva, violável por uma omissão estatal. Por outro lado, este direito social prestacional (direito ao benefício assistencial) tem por objetivo precípua proteger um direito de defesa consistente no direito à vida do idoso ou deficiente¹⁵⁹.

Ademais, a tutela judicial que tenha por objetivo a prestação de assistência social, em razão da qualidade das pessoas titulares deste direito social e da primazia valorativa dos bens a serem protegidos, deve ser capaz de tutelar de forma adequada, célere e efetiva, conforme as necessidades apresentadas pelo caso concreto¹⁶⁰. A tutela jurisdicional deverá ser prestada na forma específica – “tutela pecuniária específica”¹⁶¹, por consistir em uma

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 264

¹⁶⁰ Não por outra razão, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 as pessoas hipossuficientes e detentoras de certas peculiaridades pessoais têm adquirido especial proteção pelo ordenamento jurídico pátrio. Quanto à prestação de tutela diferenciada, pode-se citar a prioridade na tramitação de todos os processos em que figure como parte ou interveniente pessoa idosa, atualmente prevista nos arts. 1211-A a 1211-C do CPC. A prestação de tutela diferenciada a determinados grupos especiais de pessoas é demonstrada pelo jurista italiano Giuseppe Tarzia: “La rassegna, pure sommaria, che ho compiuto dialcune tra le principali applicazioni della tutela differenziata nelle controversie civili mostra alcune costanti: l’individuazione tipica dei soggetti beneficiari, in realzione alle loro “condizioni personali e sociali”, e il ricorso a forme speciali di tutela processuale”. (TARZIA, Giuseppe. *La durata del processo civile e la tutela dei deboli*. *Estudos de Processo Civil*. MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 128-129).

¹⁶¹ Conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni: “Como é obvio, toda tutela jurisdicional prestada em dinheiro constitui tutela pecuniária. No entanto, nem toda tutela pecuniária é uma tutela pelo equivalente. Há tutela pecuniária específica. A tutela pelo equivalente pode ser pelo equivalente ao valor do dano ou pelo equivalente ao valor da obrigação adimplida. Enquanto isso, a tutela pecuniária é específica em relação à obrigação de pagar

obrigação de prestar em pecúnia (pagar soma em dinheiro) pelo Estado brasileiro, através de sua autarquia federal responsável pela seguridade social – Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que poderá vir a ser judicialmente compelido ao cumprimento da obrigação estatal positiva¹⁶². Entende-se, ainda, em decorrência do direito fundamental prestacional de acesso à Justiça (art. 5º, inc. XXXV, da CF) o benefício pode ser pleiteado diretamente no Judiciário, não havendo necessidade de prévio requerimento administrativo.

Tecidas as considerações gerais, ainda que breves, sobre a matéria analisa-se na seqüência, de forma separada, o dever de prestação continuada da assistência social quando o beneficiário se tratar de pessoa idosa e quando se tratar de pessoa portadora de deficiência, devido às especificidades existentes no ordenamento jurídico, constitucional ou infraconstitucional.

1.4.2.1 O idoso

soma em dinheiro. A tutela que dá o valor prometido ao credor de prestação em pecúnia é, evidentemente, tutela específica”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 605).

¹⁶² Em qualquer caso, o legitimado passivo para integrar a relação jurídico-processual de demanda judicial que verse sobre o dever de prestar assistência social continuada (diferentemente do dever de prestar educação e saúde que é a própria pessoa jurídica União, Estados e/ou Municípios), é o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), órgão público responsável pela manutenção da seguridade social e para assumir os encargos de concessão e prestação do benefício assistencial determinado pela Constituição Federal. A questão foi recentemente sumulada pela Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais – 4ª Região: Súmula nº 04: “A União é parte ilegítima para figurar no pólo passivo nas ações em que seja postulado o benefício assistencial previsto no art. 20 da Lei nº 8.742/93.”

O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003,¹⁶³ estabelece em seu art. 34 que, para ter direito ao benefício continuado de assistência social, a pessoa deve ter idade igual ou superior a 65 anos de idade¹⁶⁴ que não possa prover a própria subsistência ou tê-la provida por sua família será assegurada renda mensal de um salário mínimo nos termos da LOAS (Lei Orgânica de Assistência Social); bem como no parágrafo único deste artigo estabelece que: *o benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do “caput” não será computado para os fins de cálculo da renda familiar “per capita” a que se refere a LOAS*; o que significa que caso um benefício assistencial ou previdenciário já haja sido concedido a algum membro da família, este valor não será computado no cálculo da renda proporcionalmente auferida por cada membro do núcleo familiar.

Segundo Marco Antonio Vilas Boas o referido parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, *derrubou a força do art. 5º, inciso III, do Decreto 1.744/95. Seu art. 19 (que levava em conta a renda familiar para concessão de outro benefício) via oblíqua, enfraqueceu os dizeres do art. 20, §3º da LOAS, o que acarretou o aumento, na prática, do teto financeiro para considerar o idoso pobre.*¹⁶⁵

Desta forma, o Estatuto do Idoso é expresso ao estabelecer que o recebimento de benefício assistencial por algum outro membro da família será excluído do cálculo da renda familiar per capita (¼ do salário mínimo por membro da família). Sobre o

¹⁶³ O Estatuto do Idoso, recentemente instituído no país pela Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2.003, considera idosa a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (art. 1º). Estabelece ainda que a dignidade das pessoas idosas deve ser respeitada por toda a sociedade, bem como demais direitos correlatos previstos no seu artigo 2º, como a saúde física e mental, o aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social. No art. 3º elenca direitos da pessoa idosa, como o direito à vida, saúde, alimentação, educação, cultura, esporte, lazer, trabalho, cidadania, liberdade, dignidade, respeito e convivência familiar e comunitária, prevendo, ademais, o princípio da absoluta prioridade que deve ser dispensada aos interesses dos idosos tutelados pelo Estatuto; os direitos fundamentais das pessoas idosas são regulados pelo Título II do Estatuto, Capítulos I ao X, os quais vêm reafirmar os direitos fundamentais da pessoa humana previstos na Constituição Federal, tendo o direito à vida como fundamento maior, estabelecendo ser dever de todos prevenir qualquer ameaça ou violação aos direitos do idoso (art. 4º, § 1º); o envelhecimento como direito social (art. 8º); a gratuidade de transportes coletivos públicos ao idoso (cap. X), entre outros, como forma de assegurar os postulados constitucionais da isonomia e da não discriminação, no intuito de garantir a aplicação dos direitos fundamentais e a existência digna das pessoas idosas.

¹⁶⁴ Frise-se a diminuição da idade mínima que era de 67 anos segundo o art. 20 da Lei 8.742/93 (LOAS).

¹⁶⁵ VILAS BOAS, Marco Antonio. *Estatuto do idoso comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 76.

assunto, o Supremo Tribunal Federal tem entendido, através de interpretação extensiva e teleológica com base no critério da razoabilidade e isonomia, não computar no cálculo da renda familiar *per capita* também benefícios de natureza previdenciária como a aposentadoria por tempo de contribuição¹⁶⁶, ou de caráter não contributivo (assistencial) a segurados especiais na aposentadoria por idade¹⁶⁷ ou por invalidez¹⁶⁸, desde que o valor também se limite a um salário mínimo mensal, apesar de o entendimento não ser unânime.¹⁶⁹

Não obstante, mesmo que não houvesse essa regra expressamente consagrada, entende-se, conforme ressaltado acima, que a prestação do benefício assistencial continuado ao idoso deve ser analisado através das lentes constitucionais, através das quais resta difícil falar-se em critério objetivo absoluto razão pela qual entende-se deva o critério objetivo previsto no art. 20, §3º da LOAS ser tomado tão-somente como parâmetro mínimo e presumível, de forma a ser relativizado quando conflitar com o valor axiológico da dignidade da pessoa humana e do padrão mínimo existencial, tendo-se por limite para a não concessão do benefício o que se denomina “mínimo ético irreduzível” da pessoa humana.¹⁷⁰

Para tanto, não se pode perder de vista que a relevância dispensada pelo ordenamento jurídico à dignidade, ao bem-estar e à vida da pessoa idosa, fica exposta em normas constitucionais e infraconstitucionais: o art. 230¹⁷¹ da CF preceitua ser dever da família, da sociedade e do Estado, conjuntamente, assegurar a participação do idoso na comunidade; proteger sua dignidade e bem-estar, e ainda garantir-lhes o direito à vida. Por outro lado, a Lei n. 8.842/94, regulamentada pelo Decreto n. 1.948/96, dispõe sobre a Política

¹⁶⁶ STF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Rcl. 4154/SC, J. 24/03/2006, DJ. 31/03/2006, p. 45.

¹⁶⁷ STF, RE 480265/RN, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ. 16/03/2006.

¹⁶⁸ STF, Rel. Min. EROS GRAU, Rcl. 4270/RN, DJ. 17/04/2006, DJ. 25/04/2006, p. 09.

¹⁶⁹ STF, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Rcl. 4261/RS, J. 17/04/2006, DJ. 25/04/2006, p. 26.

¹⁷⁰ Cf. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. *(Neo)Constitucionalismo: Ontem os códigos; hoje as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, vol. 1, n. 2, p. 98; e exposto no tópico 3.3.2 do presente estudo.

¹⁷¹ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares; § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Nacional do Idoso, e tem como objetivo assegurar os direitos sociais do idoso pela criação de condições que promovam sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade (art. 1º).

Assim, haja vista forte carga axiológica presente nas normas jurídicas destinadas a garantir os direitos fundamentais e a inclusão social da pessoa idosa, e por ser o direito à assistência social no montante de um salário mínimo direito subjetivo público do idoso desamparado, e não liberalidade, dádiva ou caridade do Estado, preenchidos os requisitos autorizadores da concessão da medida previstos no texto constitucional e não cumprido espontaneamente ou mantido o dever prestacional continuado pelo Poder Público, resta imperiosa sua concessão mediante tutela específica que imponha ao Estado-administrador a obrigação de fazer (de prestar) um salário mínimo mensal ao idoso em situação de risco social.¹⁷²

1.4.2.2 O portador de deficiência

A conscientização social no que pertine às peculiaridades dos indivíduos portadores de algum tipo de deficiência orgânica¹⁷³ vem crescendo vertiginosamente nas últimas décadas, em especial após a Segunda Guerra Mundial, podendo-se citar a Declaração

¹⁷² A “situação de risco social” é conceito jurídico indeterminado, previsto no art. 36 do Estatuto do Idoso para representar pessoa idosa em estado de carência material absoluta. Dispõe este artigo que: “O acolhimento de idosos em situação de risco social, por adulto ou núcleo familiar, caracteriza a dependência econômica, para os efeitos legais”. Também se aúfere do art. 43 do Estatuto as hipóteses em que considera estar o ancião em situação de risco.

¹⁷³ Sobre o conceito de pessoa portadora de deficiência leciona Hugo Nigro Mazzili, o “conceito de pessoa portadora de deficiência é muito abrangente [...] Na verdade, constituem contingente muito expressiva da sociedade as pessoas que ostentam alguma forma de limitação, congênita ou adquirida. A subnutrição, o subdesenvolvimento social e econômico, os acidentes ecológicos, de trânsito ou do trabalho, o uso indevido de drogas e a falta de uma política pré-natal ou sanitária adequadas contribuem para o surgimento de deficiências intelectuais, motoras, sensoriais. São inúmeras as condições *marginalizantes*, e, entre estas, incluem-se até mesmo sexo, raça, religião e outros preconceitos (como determinadas doenças, idade, estatura ou até a própria aparência física – como as pessoas feias ou as obesas). Entretanto, essas condições em nada diminuem a dignidade do ser humano”. (MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 438-439);

Universal dos Direitos Humanos de 1948 como marco histórico¹⁷⁴. No Brasil, os direitos dos portadores de deficiência ganham ampla proteção na Constituição Federal de 1988, com *status* de direito social fundamental, ao ser estatuído no seu art. 7º, inc. XXXI, a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; no art. 208, inc. III, o *dever* do Estado propiciar educação adequada aos deficientes e o art. 203, inc. V, o *dever estatal* a prestação do benefício assistencial continuado ao deficiente desamparado, situações estas que geram em contrapartida um direito subjetivo público ao portador de deficiência.

Além do subsídio pecuniário de um salário mínimo a título de benefício mensal previsto no inc. V do art. 203 da CF, constitui também dever prestacional do Estado a *efetiva colaboração dos órgãos públicos, da administração direta e indireta, no sentido de promover a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência, bem como sua integração à vida comunitária*¹⁷⁵, conforme estatuído no inc. IV do art. 203, da CF. Também o art. 227, § 1º, inc. II, CF, institui ser *dever* do Estado: a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos¹⁷⁶. Inúmeros outros dispositivos constitucionais cuidam da proteção aos portadores de deficiência, como os arts. 23, inc. II e 24, inc. XIV, da CF, que atribuem *competência comum ao Município, Estado e União para*

¹⁷⁴ MARCIAL, Danielle; ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. (Coord.) *O direito do deficiente*. São Paulo: Lumen Juris, 1999.

¹⁷⁵ COSTA, Célio Silva. *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1992, P. 442.

¹⁷⁶ Cite-se decisão proferida em ação afirmativa pelo Superior Tribunal de Justiça concedendo isenção de IPI na aquisição de automóvel destinado a facilitar a locomoção de deficiente físico. (STJ, REsp. 567873/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, DJ. 25.02.2004, p. 120, RSTJ vol. 182, p. 134). Julgado também citado por SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 123.

*cuidar da saúde, assistência pública e proteção destas pessoas especiais, bem como para legislar concorrentemente sobre a proteção e integração social das mesmas.*¹⁷⁷

De modo que na área do direito fundamental à assistência social também a pessoa portadora de alguma deficiência física, mental ou sensorial, que não seja apta a prover o próprio sustento, por si ou sua família, adquiriu proteção especial no texto constitucional, sendo assegurado, pelo inc. IV do art. 203: a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e pelo inciso V deste artigo: o direito subjetivo público de receber mensalmente a quantia de um salário mínimo mensal, sem interrupção, de forma a lhe possibilitar recursos para prover sua manutenção e necessidades básicas¹⁷⁸.

A devida prestação do benefício assistencial à pessoa deficiente constitui fator de inclusão social deste contingente de cidadãos que, devido às particularidades pessoais especiais, são incapacitadas para vida independente, desenvolver atividade lucrativa, ou até mesmo desenvolver qualquer atividade motora ou intelectual, fatores que tolhem a possibilidade destas pessoas conduzirem suas vidas por si mesmos, com independência.

¹⁷⁷ No plano infraconstitucional foi promulgada a Lei n. 7.853/89, que disciplina, entre outras coisas, sobre a proteção das pessoas portadoras de deficiência física e sua integração social, institui as medidas judiciais protetivas de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas e disciplina a atuação do Ministério Público. Esta lei delega de modo expresse ao Ministério Público e aos demais co-legitimados ativos, a possibilidade de ingresso com qualquer ação destinada a tutelar os direitos das pessoas deficientes; pelo Decreto n. 914/1993 é instituída a “Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência”. Outras leis foram posteriormente promulgadas para tratar de assuntos relevantes em defesa dos interesses das pessoas portadora de deficiência física, como: Lei Federal n. 8.899, de 29 de junho de 1994 que “Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual”; em 2.000, a Lei n.º 10.048 trata da prioridade de atendimento às pessoas portadoras de deficiência e a Lei n.º 10.098, de 19 de dezembro de 2.000 estabelece normas gerais de acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos. Sendo, ainda, necessário ressaltar a previsão no artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, norma programática que garante o acesso a cargos e empregos públicos das pessoas portadoras de deficiência, a qual veio a ser regulamentada pela Lei n. 8.112/90, art. 5º, §2º, que inseriu a obrigatoriedade de reserva de até 20 por cento das vagas abertas ao concurso público para estas pessoas.

¹⁷⁸ Daniele Muscopf Pedron atenta para a diferenciação tecida na doutrina entre a noção de garantir o “mínimo social” e as “necessidades básicas”, asseverando: “a garantia do mínimo social estaria ligada às condições mínimas para que se possa conceber a idéia de existência humana digna. Já as necessidades básica seriam algo fundamental ao homem, na sua qualidade de ser social (cidadão). [...] Com isso, o Estado social, ao garantir uma vida digna a seus cidadãos e, por conseqüência, o amparo social aos portadores de deficiência, considerando as necessidades básicas atinentes a qualquer cidadão, não deveria conceber que pessoas sobrevivam em condições de miséria”. (PEDRON, Daniele Muscopf. A (in)constitucionalidade do critério da miserabilidade do benefício assistencial a portadores de deficiência. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, p. 57, abr./jun.2006).

Fica claro que a função teleológica e finalística da norma constitucional é garantir a prestação continuada do benefício assistencial para que a pessoa idosa ou deficiente desamparada e incapaz de prover por si ou sua família uma vida independente, possa dignamente se manter incluída no convívio social¹⁷⁹. Portanto, caso a pessoa idosa, com idade igual ou superior a 65 anos de idade, ou portadora de deficiência, possa comprovar de início que renda *per capita* familiar não ultrapassa a quantia de ¼ do salário-mínimo nacional (hoje o equivalente a R\$ 87,50 por membro do núcleo-familiar)¹⁸⁰ - ressaltando-se que eventual recebimento de benefício assistencial ou previdenciário por outro membro da família não entra no computo do critério objetivo fixado no art. 20, § 3º, da LOAS (art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso) analogicamente aplicável ao portador de deficiência – deverá ter seu direito liminarmente tutelado. Caso contrário, a questão demanda dilação probatória para se auferir a real situação em que vive o idoso ou deficiente pois, como já exposto, entende-se não ser absoluto o critério adotado pelo referido art. 20, §3º, devendo o julgador pautar-se no princípio da razoabilidade das leis e na técnica da proporcionalidade para concessão ou não do benefício assistencial a um idoso ou deficiente no caso fático.

Por outro lado, conforme disposto no art. 7º, IV, da CF, o salário-mínimo é direito fundamental do trabalhador urbano ou rural e visa à melhoria de sua condição social, cujo valor deve ser suficiente para suprir as seguintes necessidades básicas do indivíduo e de sua família: com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Não obstante, o conceito de vida independente a que alude o §2º do art. 20

¹⁷⁹ Conforme recente decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal-4ª Região, o conceito de vida independente, referido pelo art. 20, §3º, da LOAS, como parâmetro a concessão do benefício assistencial é muito mais amplo do que a possibilidade de se ter provida higiene, vestuário, alimentação e locomoção, devendo ser utilizado como parâmetro para deferimento ou não do subsídio a análise conjuntural das reais condições do requerente, conforme se extrai da ementa do acórdão: “Uma vez constatada que a renda familiar é superior ao parâmetro legal, compete à Autarquia Previdenciária examinar se a renda auferida revela-se suficiente para o sustento do postulante e de sua família, considerando para tal fim todas as despesas efetuadas com medicação, alimentação, taxas, impostos, planos de saúde, bem como as condições de moradia e necessidade de cuidados específicos dos beneficiários, os quais, via de regra, necessitam de acompanhamento constante”. (TRF4, Rel. Des. João Batista Pinto Silveira, Ap.Civ. 2002.71.04.000395/RS, DJU 19.4.2006).

¹⁸⁰ À época em que se escreveu este texto o valor do salário-mínimo vigente no país importa em R\$ 350,00.

da Lei 8.742/93 está inserido num contexto muito mais amplo, devendo-se levar em consideração para se enquadrar o idoso ou deficiente naquele conceito as reais necessidades vitais básicas do indivíduo considerado isoladamente, pois em razão da própria condição pessoal desses indivíduos – idoso e deficiente – denominadas *condições marginalizantes*¹⁸¹, não raro é necessário sejam submetidos a cuidados especiais e de acompanhamento constante. Também é preciso ter-se em mente que a assistência social visa promover a justiça social e possibilitar a manutenção ou inclusão social dessas pessoas.

Portanto, e mesmo após a declaração de constitucionalidade do art. 20, §3º, da LOAS, entende-se que ao idoso ou portador de deficiência em situação de indignidade pessoal, em desamparo e necessitado de subsídio para prover suas necessidades básicas, deve ser concedido benefício assistencial mensal mesmo sendo a renda superior a ¼ do salário mínimo para cada membro da unidade familiar. Na esteira deste entendimento dominante deve-se adotar o parâmetro objetivo estabelecido na LOAS apenas como condição de miséria presumida, situação-limite que obriga a concessão do benefício assistencial.

A situação de miserabilidade autorizadora da concessão do benefício continuado deve ser avaliada em conformidade com as situações fáticas concretas naqueles casos em que não presumida (art. 20, §3º, Loas). Entendimento que vem sendo adotado, como exposto acima, pelo Superior Tribunal de Justiça e outros Tribunais inferiores e, recentemente, mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal tem havido divergências através de uma hermenêutica emancipatória, como a proferida pela Min. Carmen Lúcia. Merece destaque seu entendimento no sentido de que no acórdão proferido na ADIn 1.323/01 o Supremo Tribunal apenas declarou que a norma do art. 20 e seu §3º da Lei n. 8.742/93 não apresentava inconstitucionalidade, *mas não afirmou que, no exame do caso concreto, o juiz não poderia fixar o que se fizesse mister para que a norma do art. 203, inc. V e demais*

¹⁸¹ Cf. MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 467.

*direitos fundamentais e princípios constitucionais se cumprissem rigorosa, prioritária e inescusavelmente.*¹⁸²

Assim, resta um clamor e um sentimento por mudança legislativa para que seja facilitada, mesmo no âmbito administrativo, a obtenção do benefício assistencial continuado ao idoso ou deficiente carente.

1.5 A técnica da ponderação e o princípio da proporcionalidade

A consagração de valores e princípios¹⁸³ no texto constitucional, dentre os quais se incluem os direitos fundamentais¹⁸⁴, culminam com a superação de velhos métodos hermenêuticos pautados no primado da lei¹⁸⁵ e no logicismo formal¹⁸⁶ incapazes de resolver toda gama de conflitos de modo adequado, pois, conforme preleciona Robert Alexy, *valores*

¹⁸² STF, Rcl 3805/SP, DJ 18/10/2006, p. 41.

¹⁸³ Note-se atualmente ser inconteste a noção de princípio como espécie de norma jurídica. No ordenamento existe, assim, normas-regra e normas-princípio. Os princípios não se excluem, mesmo quando confrontados com regras, devendo ser sopesados e aplicado o de maior “peso” em dado caso concreto, são “mandados de otimização” na lição de Robert Alexy (*Teoria de los derechos fundamentales*, ob. cit., esp. p. 86-87). Ao contrário das regras, para as quais vale a técnica do “tudo-ou-nada” nos dizeres de Ronald Dworkin (*Levando os direitos a sério*, ob. cit., esp. p. 39), cujos critérios de aplicação (e exclusão) são amplamente conhecidos na doutrina: critérios temporal (ou cronológico), hierárquico e da especialidade (remete-se o estudo à importante contribuição de: FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998).

¹⁸⁴ Adota-se, assim, concepção de Robert Alexy sobre a construção dos direitos fundamentais nas Constituições Democráticas como “mandamentos de otimização”, sabido a existência de divergências na doutrina, como Habermas que critica a construção de princípios por entender que a “ponderação toma dos direitos fundamentais sua força normativa”, adicionado do “perigo de juízos irracionais”, pois “segundo Habermas, não existem “critérios racionais” para o ponderar”. Sobre o assunto: ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade*. Tradução Luís Afonso Heck. In: *Revista de direito privado*. n. 24, p. 337, out-dez.2005.

¹⁸⁵ Na Teoria Crítica do Direito, é o método a que se refere Luiz Fernando Coelho como “princípio do legalismo hermenêutico” que reduz a hermenêutica jurídica a uma teoria da interpretação, integração e aplicação das leis, excluindo por conseguinte do labor hermenêutico as demais fontes do direito, ao qual opõe o *princípio da liberdade metodológica da interpretação jurídica*, resgatando-se a antiga tese de François Gény da *libre recherche scientifique* e ainda ao princípio dogmático a teoria crítica opõe o *princípio da topicalidade hermenêutica do direito*, enfatizando-se que o desenrolar histórico da experiência jurídica é de caráter tópico, a partir de situações concretas, e não-sistemático, a partir de princípios” (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 404).

¹⁸⁶ Referido por Luiz Fernando Coelho como “princípio da subsunção jurídica” que entende as decisões jurídicas, especialmente as judiciais, formam um silogismo, o qual assegura a racionalidade dessas decisões e conseqüente neutralidade do juiz, seja na aplicação das leis, seja em sua atuação no processo judicial, ao qual é oposto pela teoria crítica o *princípio da politicidade das decisões judiciais*, por considerar que as decisões judiciais não são neutras, no sentido da racionalidade positivista. (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 406)

ou princípios têm o costume de colidir, o que torna necessária uma ponderação de bens¹⁸⁷.

Todavia reconhecimento da técnica da ponderação como método hermenêutico outorga maior amplitude de poderes ao juiz¹⁸⁸, pois, longe de restringir a atividade jurisdicional a uma função descobridora da vontade da lei ou do legislador, ou a boca pela qual se pronuncia a vontade da lei,¹⁸⁹ com conseqüente aplicação desta vontade objetivada através da subsunção silogística, a hermenêutica constitucional possibilita ao juiz flexibilidade de atuação à luz de valores e princípios expressos ou implícitos no texto constitucional e segundo as necessidades apresentadas pelo caso concreto, numa atuação prospectiva.¹⁹⁰

Não obstante, a técnica da ponderação não admite um juízo inteiramente livre do intérprete. A atividade hermenêutica deve pautar-se no princípio da proporcionalidade¹⁹¹, *pois o raciocínio que lhe é inerente, em suas três fases subseqüentes, é exatamente aquele que se deve utilizar na ponderação*¹⁹². Estas três fases subseqüentes, também denominadas sub-princípios ou sub-regras pela doutrina (como se discorre na

¹⁸⁷ O autor fundamenta sua alegação na sentença-Lüth de 1958 (BVerfGE 7,198, 205), considerada o biguê-bange para expansão da aplicação de conteúdos constitucionais materiais na Alemanha. Cf. ALEXYS, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Tradução Luís Afonso Heck. *Revista dos Tribunais*, n. 809, ano 92, p. 56, março.2003.

¹⁸⁸ É possível constatar que no imaginário social a idéia de ponderação sempre esteve ligada ao símbolo da Justiça, visto ter em mãos a balança como instrumento mensurador de bens e direitos. Não obstante, durante o período do racionalismo-positivista esta técnica foi negligenciada, adotando-se em seu lugar a técnica do silogismo judiciário e da lógica formal-analítica. Cf. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª ed., 3ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 19.

¹⁸⁹ Conforme visão clássica propagada por Montesquieu e perfeitamente compreensível para o período em que escritas, durante o Antigo Regime: “Mas os Juizes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”. (MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 178)

¹⁹⁰ Conforme discorre Inocêncio Mártires Coelho: “[...] a interpretação *especificamente* constitucional, ao fim e ao cabo, é apenas uma *hermenêutica de princípios*, de pautas axiológicas para cuja efetividade deve-se substituir a idéia *retrospectiva* de interpretação pela idéia *prospectiva* de concretização” (COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 98)

¹⁹¹ Segundo Suzana de Toledo Barros: “A questão da ponderação é, portanto, uma questão de controlabilidade do resultado restritivo que se adote para um direito em conflito, exurgindo desse procedimento a importância do *princípio da proporcionalidade*”. (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 175).

¹⁹² SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª ed., 3ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 96.

seqüência), consistem na observância: da *adequação* (ou idoneidade), da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*¹⁹³.

A *adequação* exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos; a *necessidade* significa a inexistência de nenhum outro meio menos gravoso e igualmente eficaz para consecução dos objetivos pretendidos, pois segundo Karl Larenz o princípio do “meio mais idôneo” ou “da restrição menos possível” (menor restrição possível) está inserido nesta técnica metodológica, pois em qualquer caso *a lesão de um bem não deve ir além do que é necessário ou, pelo menos, é “defensável”, em virtude de outro bem ou de um objetivo jurídico reconhecido como de grau superior*¹⁹⁴; e, por fim, a *proporcionalidade* em sentido estrito dita que um juízo definitivo da medida há de se resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.¹⁹⁵

Ao princípio da proporcionalidade liga-se, assim, a idéia de ponderação de valores em conflito no caso concreto, razão pela qual aufere-se em corrente doutrinária o entendimento de tratar-se a proporcionalidade de verdadeira “regra” de ponderação, realizável através das três sub-regras acima descritas.¹⁹⁶ A proporcionalidade surge, em síntese, como fator condicionante da técnica da ponderação de valores em conflito, razão pela qual é forte entendimento na doutrina segundo o qual o princípio da proporcionalidade representa

¹⁹³ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 74-76.

¹⁹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 500.

¹⁹⁵ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2ª ed., Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 43-44, o qual entende que o último critério - proporcionalidade em sentido estrito - corresponde ao princípio da razoabilidade.

¹⁹⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, vol. 798, ano 91, p. 23-50, abril.2002; o que também se extrai da doutrina de: ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Interesses públicos “versus” Interesses privados: desconstituindo o princípio de supremacia do interesse público*. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 171-216; este referindo-se à proporcionalidade como “postulado”.

verdadeira proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, corrente esta seguida por Robert Alexy.¹⁹⁷

Suzana de Toledo Barros¹⁹⁸ entende estar o princípio da proporcionalidade implicitamente consagrado na Constituição Federal brasileira, haurido da força normativa dos direitos fundamentais através da conjugação dos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º, inc. III; art. 3º; art. 5º, *caput* e incs. XXXV, LIV e §§1º e 2º, e art. 60, §4º, inc. IV. Luís Virgílio Afonso da Silva entende, por sua vez, que *a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, “mas da própria estrutura dos direitos fundamentais”*.¹⁹⁹

Exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade está na impossibilidade de criação pelo Legislador ordinário de leis restritivas de direitos fundamentais albergados na Constituição, explícita ou implicitamente²⁰⁰, salvo quando expressamente autorizado pela norma constitucional (reserva legal), funcionando o princípio da proporcionalidade como verdadeiro catalisador da liberdade legiferante²⁰¹, isto é, como

¹⁹⁷ Sobre a variação da definição de núcleo essencial dos direitos fundamentais segundo a adoção da teoria absoluta ou da teoria relativa: BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 180-183.

¹⁹⁸ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 212.

¹⁹⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, vol. 798, ano 91, p. 23-50, abril.2002.

²⁰⁰ Conforme precisas lições de Eduardo Appio: “O princípio da proporcionalidade se encontra implícito em nosso texto constitucional, podendo ser claramente inferido a partir da leitura de vários dos dispositivos constitucionais, os quais pressupõem uma análise equitativa da limitação legislativa de um direito fundamental, como, por exemplo, o art. 5º, LX, da CF/88 (“*a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*”). A proteção constitucional da intimidade pode sofrer limitações por obra da atividade legislativa ordinária, bem como o princípio da publicidade dos atos processuais. Contudo, estas limitações atendem a uma finalidade coletiva maior, a qual pode ser desde logo mensurada pelo legislador – quando então especifica os casos de retração dos instrumentos de proteção de um direito constitucional – ou mesmo pode delegar ao intérprete da Constituição os casos nos quais a restrição será imposta. Nesta última hipótese o preenchimento, através da vontade do aplicador, do conteúdo normativo da regra de limitação, demandará uma ponderação concreta dos bens em jogo”. (APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 169).

²⁰¹ Aplicável nas “reservas de lei simples”, hipóteses em que o legislador possui maior liberdade de conformação sem maiores exigências constitucionais, visto que nas “reservas de lei qualificadas” o legislador deverá observar os fins a serem perseguidos e os meios a serem utilizados ao tratar de matéria previamente definida pelo

fator condicionante da atividade legislativa, de forma a impedir abuso ou fraude à Constituição através da lei.²⁰² Ainda, como fator restritivo da discricionariedade da atuação do Estado-Administrador, razão pela qual Eduardo Appio preleciona que o princípio da proporcionalidade representa *uma notável sofisticação da teoria do desvio de finalidade dos atos administrativos*.²⁰³

Segundo Rodrigo Meyer Bornholdt²⁰⁴ apesar de parcela da doutrina pátria confundir (ainda que conscientemente) os princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade preleciona haver diferenças substanciais entre um e outro, sendo métodos interpretativos distintos desenvolvidos pelo direito germânico (proporcionalidade) e norte-americano (razoabilidade). Neste íterim, Luís Roberto Barroso²⁰⁵ ressalta que apesar de o princípio da razoabilidade ser aplicado de início no sistema norte-americano da *common law* devido à evolução do princípio do devido processo legal substantivo, opta pela adoção da *fungibilidade* entre o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade, atribuindo especial enfoque à importância do princípio como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público, por funcionar como fator de interpretação da norma para sua aplicação ao caso concreto com vistas à *melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema, e*

constituente”. (BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 95).

²⁰² Cf. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 74.

²⁰³ APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 170.

²⁰⁴ Nos dizeres do autor: “Não se deve confundir, como o faz (ainda que conscientemente) parcela da doutrina pátria, o princípio da proporcionalidade com a simples exigência de razoabilidade, derivada do direito norte-americano. Aquele possui um efetivo conteúdo, consistente numa exigência de racionalidade ou racionalização, não se limitando à figura de um “princípio negativo”, exclusivamente impediendo do arbítrio. Não seria descabido, pois, acrescentar ao raciocínio exposto que a proporcionalidade confere um maior poder ao Judiciário, quando da análise de uma colisão entre princípios constitucionais, de uma lei ou mesmo de um ato administrativo. Não basta que a medida seja razoável; será necessário, ainda, que a proporção que se conferiu a cada interesse (ou direito) em jogo não seja ultrapassada. Por um lado, mesmo naquelas dimensões em que o princípio substantivo do *due process* se manifesta com mais intensidade, como na defesa das liberdades fundamentais (*Bill of Rights*), pareceria um pouco apresada a equiparação da metódica utilizada pela Suprema Corte, com os métodos desenvolvidos pelo direito germânico”. (BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 166-167).

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7ª ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2003, p. 314-316.

ainda por *permitir a ponderação do conteúdo da norma pelo juiz*, de forma a evitar que sua aplicação ao caso concreto acarrete resultados indesejados pelo sistema.

Assim, não raro o princípio da proporcionalidade é concebido pela doutrina nacional com similar ao princípio da razoabilidade do direito norte-americano desenvolvido no início do século XX como forma de atribuir maiores poderes ao juiz da Suprema Corte na criação do direito e aplicação das leis “razoáveis” em sua dimensão procedimental e substancial, conforme se analise na seqüência.

1.5.1 Princípio da razoabilidade

No direito norte-americano, o princípio da razoabilidade deriva do desenvolvimento do princípio do devido processo legal substancial²⁰⁶. A cláusula do devido processo legal prevista na 5ª e 14ª Emendas à Constituição norte-americana é tida inicialmente apenas como garantia a *procedimentos* legítimos²⁰⁷ (garantias processuais). Contudo a Suprema Corte desenvolveu a teoria do devido processo *substancial* como forma de possibilitar a revisão judicial da substância dos atos legislativos segundo a noção de que a lei deve ser razoável, tanto em seu conteúdo quanto em sua aplicação, atribuindo um “plus” ao princípio do devido processo legal que passou a significar a *necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revelar opressiva, arbitrária ou destituída de necessário coeficiente de “razoabilidade”*.²⁰⁸

²⁰⁶ O devido processo legal *substancial*, por sua vez, representa evolução do devido processo legal *procedimental*. Cf. SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal* (due process of law). Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 119.

²⁰⁷ CLARO, Roberto Del. Devido processo substancial? In: *Estudos de Direito Processual Civil*. MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 195.

²⁰⁸ Celso de Albuquerque da Silva, não obstante, faz referência a origem do princípio da razoabilidade na Europa Ocidental como forma de proteger os direitos fundamentais do indivíduo contra eventuais desvios do poder administrativo: “Historicamente, o princípio da razoabilidade está, no direito europeu, ligado ao desenvolvimento da teoria do desvio de poder de sede administrativa, alcançando seu desenvolvimento máximo na prática constitucional alemã, cuja atual Carta Básica – a Constituição de Bonn – em seu artigo 19, consagrou o

Conforme discorre Edward S. Corwin, o controle judicial das leis com base na cláusula do *substantive due process* amplia os poderes conferidos aos juízes da Suprema Corte, que passa a ser referida como uma “Superlegislatura”, pois *em consequência da doutrina moderna do due process of law como “lei razoável”, o controle judicial deixou de ter limites definidos e definíveis.*²⁰⁹ Apesar de se considerar esta amplitude de poderes conferidos à Suprema Corte, o desenvolvimento do princípio demonstra ser o *substantive due process of law* tratado pela jurisprudência norte-americana de duas formas distintas de acordo com a matéria objeto da lei apreciada pela Corte seja reguladora de assuntos econômicos ou disciplinadora de direitos fundamentais.²¹⁰ Enfatiza-se o fato da justiça norte-americana haver restringido a possibilidade de controle judicial quanto a leis que regulem assuntos econômicos (controle judicial moderado ou *rational basis review*) em oposição à amplitude do controle judicial quando se tratar de lei instituidora de direitos fundamentais, sobre os quais *o devido processo legal substantivo continua permitindo ao judiciário uma eficaz defesa dos cidadãos frente a leis caprichosas, arbitrárias ou, em uma palavra, desarrazoadas.*²¹¹

princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais”. (SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa: princípios e métodos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 79-80).

²⁰⁹ Edward S. Corwin, porém, afirma haver certo exagero em algumas ou mesmo todas as manifestações que passam a caracterizar a Corte Suprema como uma “Superlegislatura”. (CORWIN, Edward Samuel. *A Constituição Norte-Americana e seu significado atual*. Tradução de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986, p. 304 e 306).

²¹⁰ A legislação de cunho econômico foi objeto de controle judicial “moderado” pela Suprema Corte Americana, sendo este ativismo judicial fortemente desenvolvido durante a era Lochner e abandonado definitivamente durante o governo Roosevelt, a partir da validação pela Suprema Corte do pacote de medidas econômicas conhecido como *New Deal*, quando, não obstante a invalidação inicial pela Suprema Corte de algumas das propostas legislativas contidas no pacote, esta Corte cede às pressões do governo e muda sua posição para declarar a validade daquelas medidas econômicas. Esta virada de posição representa marco da abstenção, pela jurisprudência norte-americana, de aplicação do *substantive due process* na interpretação da legislação econômica, o que volta a outorgar maior grau de discricionariedade ao Poder Legislativo nesta seara. A Era Lochner tem início com o caso *Lochner v. New York* (1905) no qual a Suprema Corte invalidou lei que proibia aos padeiros da cidade de Nova York jornada de trabalho maior de dez horas diárias ou sessenta semanais por entendê-la contrária ao princípio *substantive due process* por interferir na liberdade contratual das partes e posterior anulação de várias leis que impunham controle de preços no comércio privado, embora sempre com a ressalva de estas leis seriam válidas diante de relevante interesse público. Cf. SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação Constitucional Operativa: Princípios e Métodos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 81-82; e CORWIN, Edward Samuel. *A Constituição Norte-Americana e seu significado atual*. Tradução de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986, p. 305.

²¹¹ Sob esta ótica Celso de Albuquerque Silva afirma a existência de correspondência proporcional entre a dimensão da violação, efetiva ou potencial, aos direitos fundamentais da pessoa humana e a exigência de necessidade e razoabilidade de intervenção estatal na esfera particular, isto é, quanto maior a violação, maior será a exigência de intervenção e, com isso, também mais rigoroso será o controle judicial quanto à razoabilidade

Assim, no que atine à interpretação e aplicação dos direitos fundamentais do cidadão norte-americano, a matéria é até hoje objeto do ativismo judicial da Suprema Corte voltado a controlar a constitucionalidade das leis restritivas desses direitos sob a ótica do princípio do devido processo legal substantivo, conforme demonstra Paulo Fernando Silveira ao analisar julgamento da Suprema Corte (*United States v. Carolene Products Co*) referente ao modo de interpretar a lei perante a Constituição:

Quer dizer com isso que, sendo a lei emanada da maioria representada no Congresso, naturalmente sofre de um processo defectivo, tornando-se antidemocrática, se não previne e resguarda também as minorias. A intervenção do Judiciário, como corpo constitucional não eleito, resolve a espinha da dificuldade, postando-se, através da utilização do substantivo devido processo, contra a maioria, na defesa de interesses inafastáveis da minoria. Afinal, uma democracia pressupõe, também, diversas minorias insulares, cujos interesses não podem ser totalmente ignorados ou desprezados pela maioria²¹².

De modo que através do devido processo legal substancial a jurisprudência americana permitiu o controle da razoabilidade e racionalidade das leis e dos atos de governo em geral, razão pela qual entende-se que *a interpretação especificamente constitucional tem suas origens no ativismo judicial norte-americano*²¹³, o que se dá, nas palavras de Manuel García-Pelayo, em decorrência da função autenticamente política, e em certo modo legislativa, do Tribunal Supremo dos Estados Unidos.²¹⁴

No Brasil, o princípio do devido processo legal é expressamente consagrado no art. 5º, inc. LVI, da CF, como garantia processual fundamental. Contudo, é discutida a possibilidade da aplicação do devido processo legal em sua dimensão substancial²¹⁵, pelo fato

da lei. (SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa: princípios e métodos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 80-83).

²¹² SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal* (due process of law). Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 135.

²¹³ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 98.

²¹⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p. 78.

²¹⁵ Cf. Lúcia Elizabeth Peñaloza Jaramillo Gama: “[...] o devido processo legal deveria ser encarado como princípio processual apenas, isso porque os desencontros doutrinários não autorizam considerá-lo expressão de direito material. É fácil de assimilar que temos os direitos enumerados pela Constituição Federal e os instrumentos que lhes asseguram, diferentemente dos Estados Unidos que o princípio funcionou e funciona como verdadeiro instrumento de proteção de direitos sociais e não econômicos. Assim, o devido processo legal já tem

da intervenção judicial em questões atinentes ao *mérito* dos atos normativos ou administrativos ainda ser caminho muito restrito ao Poder Judiciário brasileiro, em flagrante contradição ao fato de ser o controle judicial do mérito da atividade legislativa e administrativa admitido por quase todos os sistemas constitucionais contemporâneos.²¹⁶

Frise-se que de modo geral não se nega ao Poder Judiciário a possibilidade de controle das leis e atos administrativos.²¹⁷ A discussão restringe-se à possibilidade de revisão judicial do *mérito* dos atos normativos e administrativos devido ao poder (ou dever) discricionário – conveniência e oportunidade – que norteia a atividade dos poderes políticos.²¹⁸ Com outras palavras, ainda é discutida a legitimidade de um maior ativismo do

vasta aplicação jurisprudencial no Brasil, mas somente como ícone processual”. (GAMA, Lídia Elizabeth Peñaloza Jaramillo. *O devido processo legal*. Leme: LED – Editora de Direito, 2005, p. 76-77).

²¹⁶ SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa: princípios e métodos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 86-87.

²¹⁷ “A atribuição ao Judiciário do controle das leis mediante o juízo de valor da proporcionalidade e da razoabilidade da norma legal não pretende substituir a vontade da lei pela vontade do juiz. Antes, a este cabe pesquisar a fidelidade do ato legislativo aos objetivos essenciais da ordem jurídica, na busca da estabilidade entre o poder e a liberdade”. (TÁCITO, Caio. O princípio da razoabilidade das leis. In: *Temas de direito público* (estudos e pareceres). 1º vol., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 495).

²¹⁸ Conforme lição de Andreas J. Krell: “Ao mesmo tempo, a crescente ingerência do Estado na esfera dos direitos fundamentais dos indivíduos (e das pessoas jurídicas), consagrados nos textos constitucionais, exigiria uma atuação mais efetiva do Judiciário brasileiro, via de regra provocado mediante mandado de segurança. No entanto, a jurisprudência brasileira continua pregando uma “auto-restrição” dos tribunais, enquanto a moderna doutrina administrativa defende a ampliação do controle judicial dos atos administrativos discricionários. E sendo assim, a expressão plástica de que a discricionariedade administrativa representaria no Estado de Direito um verdadeiro “Cavalo de Tróia”, até parece ser ainda justificada no Brasil, onde os conceitos da *discricionariedade* e do *mérito*, até hoje, servem para encobrir arbitrariedades, nepotismo e a “falta de vontade” (causada por múltiplas razões que não cabe analisar aqui) de muitos juízes em analisar ou anular os atos e medidas da Administração Pública. No entanto, na maioria dos países da Europa Ocidental, como vimos, o referido Cavalo já foi “queimado” há muito tempo” (KRELL, Andréas J.. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *(Neo)Constitucionalismo: Ontem os códigos; hoje as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, vol. 1, n. 2, p. 64-65).

Todavia, já se aúfere de recentes decisões proferidas pelos Tribunais pátrios, inclusive e principalmente do STJ, aplicação do critério da razoabilidade como fundamento de controle dos atos administrativos: ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio da resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido. (STJ, 2ª Turma, REsp. 493.811/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ. 15/03/2004); ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as

judiciário brasileiro, pautada na premissa de que esta amplitude de poderes consistiria na implementação de um “Governo dos Juízes”, *um super-Legislativo armado com a cláusula do devido processo legal*.²¹⁹ Pensamento de forma alguma unânime.²²⁰

1.5.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana²²¹ ganha ares renovados após a 2ª Grande Guerra, período histórico marcado pelos genocídios e atrocidades cometidas em todo o mundo²²², época em que totalmente tolhida a noção de dignidade como *liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção* (Samuel Pufendorf)²²³, ou de *dignidade como autonomia ética do ser humano* (Kant)²²⁴. Com

razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba para própria para cumpri-la. 5. Recurso Especial provido. (STJ, 2ª Turma, REsp. 429.570/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 22/03/2004).

²¹⁹ CLARO, Roberto Del. Devido processo substancial? In: *Estudos de Direito Processual Civil*. MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 211.

²²⁰ Dentre os defensores da aplicação do princípio no direito brasileiro, Inocêncio Mártires Coelho: “Nessa perspectiva, consideramos *razoável* adotar como parâmetro de racionalização/despersonalização da atividade hermenêutica a exigência de que as decisões dos intérpretes aplicadores do direito observem o *devido processo legal* (*substantive due process* / *procedural due process*) e guardem conformidade com a *consciência jurídica geral*, porque a utilização desses controles permite refrear os voluntarismos sem inibir a criatividade, que é indispensável a todas as formas de concretização de modelos jurídicos”. (COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 99).

²²¹ A evolução histórica da noção de dignidade da pessoa humana acompanha a própria evolução da civilização, desde o pensamento clássico e o ideário cristão, passando pelo direito natural, o qual concebida a dignidade como direito inerente à todo ser humano (século XVI), pelo jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII que, assim como a idéia de direito natural, faz a dignidade da pessoa humana passar por um processo de racionalização e laicização, vindo a ser expressamente reconhecida no âmbito do direito positivo (séculos XVIII e XIX), momento em que o princípio adquire sua dimensão jurídico-constitucional. Sobre esta trajetória histórica e gradual da concepção do princípio da dignidade da pessoa humana – atualmente concebido como verdadeiro pilar da ordem constitucional brasileira – remete-se o estudo a Ingo Wolfgang Sarlet, em obra específica sobre o tema: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 29-60.

²²² Sobre o assunto: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. (*Neo*)*Constitucionalismo*: Ontem os códigos; hoje as Constituições. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, vol. 1, n. 2, p. 80-88.

²²³ Ingo Wolfgang Sarlet atribui esta concepção de dignidade da pessoa humana, professada nos séculos XVII e XVIII, a nomes como Samuel Pufendorf, para quem mesmo o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 32).

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 32.

efeito, durante a 2ª Guerra Mundial a humanidade vivenciou completa indiferença aos valores e direitos inerentes à condição humana de um modo geral²²⁵, pois como discorre Celso Lafer, *esta é a nota básica da ruptura apresentada pelo totalitarismo, pois a tradição ocidental, baseada no valor da pessoa humana como “valor-fonte” de todos os valores, viu-se frontalmente contestada por uma situação criada no seu próprio bojo.*²²⁶

No período Pós-Guerra, visando a reconstrução dos direitos humanos brutalmente violados, aprovou-se em 1948 a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* como marco inicial do movimento de internacionalização da reconstrução dos direitos humanos, seguido de inúmeros outros tratados internacionais que aprimoraram e fortaleceram o grau de proteção dos direitos consagrados.²²⁷ Ao lado destes sistemas normativos transnacionais, verifica-se gradual adoção nos sistemas internos da grande maioria dos países desta preocupação global de assegurar precipuamente a pessoa humana como valor central de toda a ordem jurídico-política das nações. O valor da primazia da pessoa humana, assim, passa a ser assegurado em quase todos os modernos sistemas jurídico-políticos em resposta às barbáries e atrocidades cometidas contra o ser humano, o que se deu também a pretexto de se estar a cumprir as letras da lei positivada (criada pelo órgão estatal competente) mesmo que destituída de qualquer valoração ética ou axiológica, o que culmina, igualmente, com o declínio do positivismo jurídico.²²⁸

²²⁵ Sobre o assunto: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. *(Neo)Constitucionalismo: Ontem os códigos; hoje as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, vol. 1, n. 2, p. 80-88.

²²⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 150.

²²⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1.

²²⁸ Luís Roberto Barroso assim demonstra na seguinte passagem: [...] O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subproduto do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismo de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem. Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma

No Brasil, como visto, a primazia da pessoa humana é assegurada com o advento da Constituição Federal de 1988, instituidora do sistema democrático de direito e garantidora de valores e princípios supremos, como a cidadania, a justiça social e inúmeros direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade. Não obstante, o valor maior deste sistema constitucional vem a ser a própria dignidade da pessoa humana, considerado como “superprincípio”, por ser *no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa.*²²⁹ Luís Roberto Barroso, por sua vez, bem sintetiza o que se pode denominar “conteúdo” do princípio em comento:

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos²³⁰.

Da forma como concebido por quase todos sistemas constitucionais atuais, o princípio da dignidade da pessoa humana aparenta ser, *a priori*, típico exemplo de princípio absoluto. Contudo, a questão de se considerar a existência de princípio(s) absoluto(s) no ordenamento jurídico é de suma relevância, posto que sua(s) existência(s) mudaria por

estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido. (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 48-49).

²²⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. *(Neo)Constitucionalismo: Ontem os códigos; hoje as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, vol. 1, n. 2, p. 92-93.

²³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 58-59.

completo a noção de ponderação de valores tida pela dogmática jurídica. De fato, a aplicação de princípio absoluto prevaleceria sobre qualquer outro princípio não absoluto.

Fernando Ferreira dos Santos defende a tese de consistir o princípio da dignidade da pessoa humana em verdadeiro princípio absoluto.²³¹ Entendimento rechaçado por Robert Alexy, o qual nega a existência de princípios absolutos e entende que a razão da freqüente preponderância do princípio da dignidade humana em relação a todos os demais princípios advém de sua maior abstração e abertura, o que possibilita um “alto grau de certeza e segurança” na sua aplicação.²³²

Robert Alexy distingue, ainda, dois tipos de normas da dignidade da pessoa humana, uma regra da dignidade da pessoa e um princípio da dignidade da pessoa, inferindo que apesar da freqüente precedência da dignidade da pessoa num âmbito principiológico, no que atine ao âmbito de sua concepção como regras jurídicas a dignidade da pessoa humana é também sobreposta. Cita neste último caso as regras destinadas à proteção da “comunidade estatal” como precedentes à dignidade da pessoa humana, como a previsão de prisão perpétua (em sistema em que é permitido, o que não é o caso do sistema penal brasileiro) e impossibilidade de concessão de indulto devido à permanente periculosidade do criminoso.²³³

²³¹ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 94-96.

²³² “La relación de preferència del principio de la dignidad de la persona con respecto a principios opuestos decide sobre el contenido de la regla de la dignidad de la persona. Absoluto no es el principio sino la regla que, debido a sua apertura semântica, no necessita una limitación con respecto a ninguna relación de preferencia relevante. El principio de la dignidad de la persona puede ser realizado en diferentes grados. El que bajo determinadas condiciones con un alto grado de certeza, preceda a todos los otros principios no fundamenta ninguna absolutidad del principio sino que simplemente significa que casi no existen razones jurídico-constitucionales incommovibles para una relación de preferencia en favor de la dignidad de la persona bajo determinadas condiciones. Pero, una tesis tal de posición central vale también para otras normas de derecho fundamental. Ella no afecta el carácter de principio. Por eso, puede decirse que la norma de la dignidad de la persona no es un principio absoluto. La impresión de absolutidad resulta del hecho de que existen dos normas de dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de la dignidad de la persona, como así también del hecho de que existe una serie de condiciones bajo las cuales el principio de la dignidad de la persona, con un alto grado de certeza, precede a todos los demás principios” (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés (do original “Theorie der Grundrechte” de 1986). 2ª ed., Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001, p. 108-109).

²³³ “Esto puede ser generalizado: si a nivel de los principios *predece* la dignidad de la persona, entonces, a nivel de las reglas, la dignidad de la persona es *lesionada*. Que el principio de la dignidad de la persona, a los fines de la constatación del contenido de la regla de la dignidad de la persona, es ponderado frente a otros principios se muestra de manera especialmente clara en el fallo sobre la prisión perpetua en donde se dice que la “dignidad de

Contudo, adotando-se posição de Robert Alexy de não consistir a dignidade da pessoa humana em princípio absoluto, este “superprincípio” é, sem dúvidas, norteador dos fins e objetivos a serem perseguidos e alcançados pela política, pelo direito e, principalmente, pelo processo, cenário por natureza do encontro de direitos e interesses dialeticamente opostos, em especial quando se tratar de proteger (tutelar) o denominado “mínimo existencial”²³⁴ ou “patrimônio mínimo” necessário para a existência digna da pessoa humana.²³⁵

Em outras palavras, é através do processo que a Jurisdição poderá cumprir sua importante missão perante a sociedade inserida em um sistema democrático de direito: assegurar os fundamentos do atual Estado brasileiro, consagrados no art. 1º da CF, dentre os quais se encontra a *dignidade da pessoa humana* (inc. III); promover a justiça social, por sua vez consagrada no art. 3º da mesma Carta Política; e ainda, assegurar e concretizar os direitos fundamentais albergados pelo Poder Constituinte de 1988.

O princípio da dignidade da pessoa humana, assim, deve servir de parâmetro a todos os aplicadores do Direito empenhados na tarefa de recuperação do papel

la persona [...] tampoco es lesionada cuando la ejecución de la pena es necesaria debido a la permanente peligrosidad del detenido y, por esta razón, no está permitido el indulto”. Con esta formulación se constata que la protección de la “comunidad estatal”, bajo las condiciones indicadas, precede al principio de la dignidad de la persona. Si se dan otras condiciones, la preferencia puede ser fijada de otra manera”. (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés (do original “Theorie der Grundrechte” de 1986). 2ª ed., Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001, p. 108).

²³⁴ Na lição de Ricardo Lobo Torres: “O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão. Despe-se o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originalmente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estremá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (*maximum welfare*, *Nutzenmaximierung*), que é princípio ligado à idéia de justiça e de redistribuição da riqueza social”. (TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *A cidadania multifuncional na era dos direitos*. in: *Temas dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 262-263).

²³⁵ A idéia do “patrimônio mínimo” garantidor da dignidade da pessoa humana é sustentada por Luiz Edson Fachin, e assim justificada: “A tese não confunde propriedade com patrimônio, nem identifica propriedade tão-só com propriedade privada. A noção do patrimônio personalíssimo, assumidamente paradoxal, está agregada à verificação concreta de uma real esfera patrimonial mínima, mensurada pela dignidade humana à luz do atendimento de necessidades básicas ou essenciais”. E continua: “A garantia de um patrimônio mínimo conecta-se com a superação da compreensão formal dos sujeitos. Funda-se na dignidade da pessoa para apreendê-la, concretamente, na realização de necessidades fundamentais”. (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3 e 20-21)

ético e transformador do Direito, servindo este “superprincípio” ou “valor-fonte” como inspirador de decisões voltadas a assegurar um “mínimo ético irreduzível”²³⁶ e ainda como paradigma de adequação e validade de toda e qualquer decisão judicial que pretenda deter legitimidade em meio a um sistema democrático e social de direito; o que significa dizer que, no âmbito da ponderação de bens ou valores, o princípio da dignidade da pessoa humana justifica, ou até mesmo exige, a restrição de outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que representados em normas que contenham direitos fundamentais.²³⁷

1.5.3 Princípio da supremacia do interesse público

O primado do público, nas lições de Norberto Bobbio, *assumiu várias formas segundo os vários modos através dos quais se manifestou, sobretudo no último século, a reação contra a concepção liberal do Estado e se configurou a derrota histórica, embora não definitiva, do Estado mínimo.*²³⁸ Conforme lição de Fábio Konder Comparato, o espírito republicano é a supremacia do bem comum do povo sobre todos os interesses particulares: *é, por conseguinte, comunitário, e opõe-se claramente, nesse sentido, ao espírito capitalista, sempre animado pelo princípio da preeminência do interesse individual.*²³⁹

Neste contexto, os princípios da *supremacia do interesse público sobre o interesse privado* e o da *indisponibilidade do interesse público* são erigidos a princípios basilares no direito administrativo da *república* democrática brasileira, considerados o

²³⁶ Cf. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. (Neo)Constitucionalismo: Ontem os códigos; hoje as Constituições. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, vol. 1, n. 2, p. 98.

²³⁷ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 114; o qual cita como exemplo “as decisões que, em prol de uma proteção da dignidade da pessoa, reconhecem limitações à liberdade individual, especialmente no campo da autonomia privada e liberdade contratual, inclusive – como já referido – no sentido de uma proteção da pessoa contra si mesma” (p. 115).

²³⁸ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 12ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 24.

²³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a Legitimidade das Constituições. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, p. 52-53, jan./jul.2005.

alicerce estrutural das normas integrantes a este ramo da ciência jurídica.²⁴⁰ Entende Celso Antonio Bandeira de Mello que o princípio da supremacia do interesse público constitui verdadeiro axioma do moderno direito público por proclamar a superioridade do interesse da coletividade sobre o interesse do particular.²⁴¹

Todavia, no atual Estado Constitucional o interesse público deve ser re-interpretado em conformidade com as normas e valores albergados expressa ou implicitamente no texto constitucional em decorrência do fenômeno hermenêutico a que se tem designado *constitucionalização do direito*; metodologia esta em que também se inclui a re-leitura e re-adequação de conceitos e institutos do *direito administrativo* ou, de um modo geral, de conceitos e institutos regulados pelo regime jurídico de direito público e suas esferas de atuação e aplicação, a que se pode, igualmente, denominar *constitucionalização do direito administrativo*.²⁴²

Conforme estratificado no direito pátrio, o princípio da supremacia consiste na superioridade dos interesses públicos em detrimento dos interesses privados existentes em sociedade, o que significa dizer que os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público em nenhuma situação ou circunstância. O princípio da indisponibilidade, por sua vez, é corolário do princípio da supremacia e significa a impossibilidade de transigência

²⁴⁰ Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 16-17.

²⁴¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 19.

²⁴² Gilberto Bercovici, ademais, preleciona que: “No Estado Democrático de Direito, a base do Direito Administrativo só pode ser o Direito Constitucional. O Direito Administrativo é o “Direito Constitucional concretizado” O Direito Constitucional estabelece os parâmetros do Direito Administrativo. É incorreto aceitar acriticamente conceitos e princípios pré-constitucionais só por estarem consolidados na doutrina administrativista, como salienta Antonio Reigada. A Constituição obriga a reformulação, mesmo que parcial, de todas as categorias do Direito Administrativo. Apesar disso, as relações entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo são, ainda, difíceis. Esta dificuldade vem desde a formação de ambas as disciplinas, no século XIX, e vem marcada também pela célebre frase de Otto Mayer: “O Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo permanece”. (“Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht”). Ao mesmo tempo em que as Constituições do século XX incorporavam os conflitos sociais e econômicos e buscaram se remodelar conjuntamente com as mudanças estruturais sofridas pelo Estado, o Direito Administrativo continuou preso aos mesmos moldes liberais do século XIX, entendendo o Estado como um inimigo. Nestes termos, fundados na cisão Estado e sociedade (=mercado), a única tarefa do Direito Administrativo é a defesa do indivíduo contra o Estado. Assim, as formas clássicas do Direito Administrativo são, geralmente, insuficientes para as necessidades prestacionais do Estado Social” (BERCOVICI, Gilberto. A “Reforma do Estado” no Brasil. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, p. 516, jan./jul.2005).

ou sacrifício do interesse público pelo administrador público.²⁴³ Ainda segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, tanto o poder discricionário inerente ao Poder Público como todas as decisões e atos administrativos devem, necessariamente, serem fundamentadas nesses dois princípios basilares, pois a atuação do Poder Público que pretenda ser revestida de legitimidade deve ter como fundamento o interesse público, isto é, o interesse de toda a coletividade, sem o que estará configurado desvio de poder.²⁴⁴

Quanto ao princípio da supremacia do interesse público Marçal Justen Filho²⁴⁵ atenta para o perigo existente *na ausência de instrumento jurídico para determinar o efetivo interesse público*, o que dá margem a arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais agravado pelo fato de consistir o interesse público em conceito jurídico indeterminado e, portanto, em decorrência de sua inexatidão conceitual mais fácil de servir de refúgio e justificativas à conduta ilícita ou arbitrária do exercente do poder político.²⁴⁶

Não por outra razão a doutrina tem aperfeiçoando a teoria com a separação dos “interesses públicos”²⁴⁷ em duas modalidades: a) interesse público *primário*; b) interesse público *secundário*. Da doutrina de Luís Roberto Barroso²⁴⁸, depreende-se que o *interesse*

²⁴³ Cf. Marçal Justen Filho, que ainda manifesta: “o direito não faculta ao agente público o poder para escolher entre cumprir e não cumprir o interesse público. O agente é um servo do interesse público – nessa acepção, o interesse público é indisponível”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35).

²⁴⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed., 6ª tir., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 58-59.

²⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.

²⁴⁶ Sobre o assunto discorre Cláudio Grande Júnior: “A confusão sobre o que seja interesse público resulta do histórico processo de despatrimonialização e despersonalização do poder. Ligado originalmente a razões militares, penais e, principalmente, de dominação, a invocação de interesse público serviu por milênios para a prática de atrocidades. Os grandes filósofos da antiguidade o enxergavam como um caso particular do problema mais geral da justiça. Todavia, Maquiavel desmistificou essa idéia afirmando que o interesse público era a formação e manutenção de um Estado forte que proporcionalizasse paz às pessoas e o conseqüente progresso da sociedade (ordem e progresso). Sabe-se que essa busca conduziu ao absolutismo, no qual o interesse público era o interesse do déspota, e a crença de que, livre das disputas políticas, a coletividade poderia evoluir”. (GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *A proporcionalização do interesse público no direito administrativo brasileiro*. *Fórum Administrativo: direito público-FA*. Belo Horizonte, ano 6, n. 65, p. 7546, jul.2006).

²⁴⁷ Certo é que não existe um único interesse público, mas interesses públicos, no plural, como adverte o administrativista italiano Cassese citado por Marçal Justen Filho, não se podendo falar em supremacia do interesse público, conforme comumente se faz numa visão simplista e impeditiva da perfeita compreensão da realidade. (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 342-43).

²⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. Neconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 55,

público primário representa o interesse de toda a coletividade, é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social; Já o *interesse público secundário*, constitui o próprio interesse do ente público enquanto pessoa jurídica integrada a uma determinada relação jurídica podendo, em termos gerais, ser identificado como o interesse do erário ou fazendário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.

Celso Antonio Bandeira de Mello faz diferenciação ao discorrer que os atos administrativos não podem *defender interesses que beneficiem apenas à “pessoa do Estado”, se, para fazê-lo, tiver que transcurar aqueles interesses coletivos qualificados como públicos pelo sistema normativo*, o interesse público propriamente dito ou interesse *primário*, pois:

O Estado, meramente como subjetivação de uma organização, vale dizer, como pessoa, - tal como qualquer outra entidade – poderia considerar de seu interesse a obtenção de vantagens, de comodidades e a liberação de encargos e deveres, pois isto corresponderia a um proveito para o aparelho estatal. Em suma: seria um interesse meramente de sua unidade subjetiva, isto é, daquele “centro” personalizado. Manifestar-se-ia no Estado como se manifesta em qualquer pessoa. Ocorre que tais interesses não são legitimamente defensáveis quando coincidentes com a verdadeira razão de existir do Estado: satisfazer interesses públicos²⁴⁹.

Celso Antonio Bandeira de Mello²⁵⁰ ensina, assim, que o interesse *secundário* é aquele que pode existir para qualquer sujeito, adstritos ao ente enquanto organização personalizada, interesse este diverso do interesse público primário tido como único interesse público verdadeiro e, assim, o único que pode ser buscado por um ato administrativo. De suma importância esta divisão conceitual, pois claro está que o interesse público detentor de *primazia* em detrimento do interesse privado é o feixe de interesses agrupados sob a denominação *interesses públicos primários*, interesses pertinente a toda coletividade e, em razão disto, sintetizados na pessoa do Estado, encarregado de representá-

jul./dez.2004; e no prefácio da obra coletiva: *Interesses públicos “versus” Interesses privados*: desconstituindo o princípio de supremacia do interesse público. SARMENTO, Daniel (Org. e Colab). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. xiii.

²⁴⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 15.

²⁵⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 17-18.

los quando atuar nos estritos limites das finalidades que a Constituição e as leis consagram, ao delinear o perfil destes mesmos interesses.

É preciso deixar claro, porém, também ser relevante para o Estado democrático e social de direito o interesse *secundário*, pois é através da arrecadação de receitas tributárias que se possibilita ao Estado, além de sua própria manutenção, implementar os programas sociais de governo e concretizar, de um modo geral, os objetivos e valores fundamentais consagrados na Constituição Federal. Entretanto, ao interesse público secundário não se poderia nunca aplicar o princípio da supremacia em desfavor de todo e qualquer interesse privado emanado na sociedade.²⁵¹

Havendo colisão entre o interesse público *primário* e o interesse público *secundário*, deve-se em qualquer caso, se atender às necessidades apresentadas pelo interesse primário, visto que o interesse público *primário* é o único e verdadeiro interesse público. Deve-se, portanto, proceder a uma re-adequação e re-construção da definição de interesse público a partir do desvelamento do interesse *secundário* intrínseca e indissociavelmente incutido na noção deste princípio dogmático, para se apoiar a construção hermenêutica no único interesse público - o interesse público *primário* - por constituir esta gama de interesses principal paradigma a ser observado no método ponderativo em razão de representar, este feixe de interesses públicos, uma das razões de ser do Estado democrático e social de direito.

Portanto, a partir da distinção entre interesses públicos primários e secundário torna-se possível a (re)construção inicial do “princípio da supremacia” do interesse público. Com efeito, a *primazia* do interesse público reside nos interesses enfeixados na primeira categoria – interesse público primário -, pois a prioridade dos interesses de toda a sociedade ganha especial relevo na vigência de um sistema democrático de direito, por

²⁵¹ Cf. Juarez Freitas: “[...] o sistema não pretende o primado do todo sobre a vontade particular, mas apenas da vontade geral legítima em relação àquela que se revelar claramente conspiratória contra o interesse comum”. (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 54).

sintetizarem a própria razão de ser do Estado, os fins que cabe a ele promover: justiça social, segurança pública e bem-estar comum.²⁵²

O interesse público primário, ademais, encontra previsão no texto constitucional, é albergado no art. 3º da CF, que erige como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção da justiça social e do bem-estar comum. Desta feita, além da primazia dos valores axiológicos contidos nos interesses de toda a comunidade, a que adotou no decorrer deste estudo se denominar *primário*, sua observância faz-se imperiosa no sistema democrático de direito, visto representar tais interesses os próprios objetivos, a própria razão de existência, do Estado democrático brasileiro.²⁵³

1.5.3.1 Uma re-leitura do “princípio” da “supremacia” do interesse público

Resta indubitável a importância que deve ser dispensada pela legislação e pelos intérpretes e aplicadores do direito em favor dos interesses públicos denominados *primários*, efetivamente detentores de *primazia* para efetivação dos valores axiológicos e direitos sociais configurados no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, Odete Medauar discorre sobre as atuais tendências científicas do princípio da *supremacia* do interesse público sobre o interesse privado:

Tende a modificar-se também o entendimento de sacrifício de um interesse em benefício de outro, ou de primazia de um sobre o outro interesse. Cogita-se hoje da função atribuída à

²⁵² Cf. BARROSO, Luís Roberto (Pref.). *Interesses públicos “versus” Interesses privados: Desconstituindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. ARAGÃO, Alexandre Santos de.; et al (Colab.); SARMENTO, Daniel (Org. e Colab.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. xiii.

²⁵³ Cf. Cláudio Grande Jr: “A partir do pensamento de Hegel foi levada ao extremo a ideologia de que o Estado seria o lugar no qual o espírito do povo, vencidas as tensões da sociedade civil, realizar-se-ia plenamente. Caminhou-se perigosamente para o Estado totalitário, que aspirava incorporar a sociedade, a nação e o povo. Encarnou o interesse das maiorias de extirpar os elementos nocivos da sociedade, normalmente identificado em indesejáveis minorias como os judeus, homossexuais, ciganos e deficientes físicos e mentais. Os trágicos acontecimentos daí resultantes evidenciaram que o interesse público não é o do Estado e nem se encaixa na idéia simplista de interesse das maiorias. No Estado democrático de Direito o interesse público é aquele para o qual a Constituição foi projetada a realizar. Assim, por exemplo, mesmo sendo vontade das minorias, não pode esse anseio ser cumprido porque é de interesse público a preservação dos diversos componentes da sociedade pluralista”. (GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A proporcionalização do interesse público no direito administrativo brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público-FA*. Belo Horizonte, ano 6, n. 65, p. 7547, jul.2006)

Administração de *ponderação dos interesses* em confronto; o “princípio é o da não sacrificabilidade “a priori” de nenhum interesse; o objetivo dessa função está na busca do estatuto da compatibilidade entre os interesses”; “se é assim, pode-se pensar que a minimização dos sacrifícios exigidos para a obtenção da realização dos interesses torne-se de ordinário o resultado político útil da função”²⁵⁴.

Neste sentido, Paulo Fernando da Silveira aduz que o princípio da supremacia do interesse público *só é verdadeiro à medida em que não destrua um direito individual, sendo apenas tolerável a atenuação do exercício desse direito, desde que o Estado comprove, em juízo, a existência de um interesse comunitário sobrepujante, inafastável, que o compila a agir.*²⁵⁵

No atual Estado Constitucional a dignidade da pessoa humana passa a ser o ponto central do ordenamento jurídico, núcleo hermenêutico ao redor do qual devem girar todas as decisões, administrativas ou judiciais, que pretendam ter legitimidade social.²⁵⁶ A dignidade da pessoa humana, como visto, deve servir de parâmetro na tarefa de recuperação do papel ético e transformador do direito, através de decisões voltadas a assegurar um “mínimo ético irreduzível” da pessoa humana. Nesta perspectiva, Juarez Freitas aufere que *o princípio da universalização do interesse público e da correlata subordinação das ações estatais à dignidade da pessoa humana não significa o arbitrário e inaceitável jugo da vontade do particular ou cidadão.*²⁵⁷

Não se questiona, porém, a existência do interesse público, mas a sua supremacia absoluta e *a priori* em face de qualquer interesse particular²⁵⁸, pois através do

²⁵⁴ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 183.

²⁵⁵ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal* (due process of law). Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 76.

²⁵⁶ “O sistema constitucional é o farol de identificação do interesse público; seu núcleo é a dignidade da pessoa humana, que por conseqüência lógica passa a ser também o do direito administrativo. [...] O interesse público não é algo objetivo pronto e posto de plano. Precisa ser sempre averiguado, caso a caso, a partir da Constituição”. (GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A proporcionalização do interesse público no direito administrativo brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público-FA*. Belo Horizonte, ano 6, n. 65, p. 7547 e 7548, jul.2006).

²⁵⁷ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 54.

²⁵⁸ SARMENTO, Daniel (Org. e Colab.). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. In: *Interesses públicos “versus” Interesses privados: Desconstituindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, esp. p. 100-101.

princípio da supremacia exclui-se a possibilidade de adequação e necessidade da decisão administrativa ou judicial ao caso concreto, devendo prevalecer em toda e qualquer hipótese o interesse público. Em outras palavras, através da regra da *supremacia* resta impossibilitada a realização de um juízo ponderativo entre bens e valores em conflito pelo administrador ou pelo julgador, conforme se extrai da doutrina de Gustavo Binbenbom:

Note-se bem: não se nega a existência de um conceito de *interesse público*, como conjunto de “interesses gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada (a dicção do Direito) e através de ação jurídica politicamente fundada (a execução administrativa ou judiciária do Direito)”. O que se está a afirmar é que o *interesse público* comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros. Com efeito, a aferição do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que *reconduz* o administrador público à interpretação do sistema de *ponderações* estabelecido na Constituição e na lei e, via de regra, o obriga a realizar seu próprio juízo ponderativo guiado pelo dever de proporcionalidade.²⁵⁹

Nesse diapasão, conjuga-se entendimento atualmente esposado pela doutrina de que ao interesse público não se pode aplicar o princípio da supremacia absoluta em desfavor de todo e qualquer interesse privado emanado na sociedade, devendo ser adotada pelo intérprete, nestes casos, a técnica da proporcionalidade. A técnica da ponderação disciplinada pelo princípio da proporcionalidade também possibilita maior controle pelo Poder Judiciário sobre a legalidade, à qual atualmente se agrega o “plus” da constitucionalidade substancial, sobre a eficiência e moralidade da atividade administrativa (art. 37, CF) pautada no “interesse público” e, de um modo geral, também sobre a zona, ainda cinzenta, albergada pela *discricionariedade* dos atos administrativos que, atualmente, devem estar revestidos de constitucionalidade (material) e em conformidade com os fins e objetivos traçados pelo art. 3º da CF, os quais representam compromissos assumidos pelo Estado democrático brasileiro.

²⁵⁹ BINENBJOM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. in: *Interesses públicos “versus” Interesses privados: Desconstituindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Daniel Sarmento (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.149-150.

Ainda tendo-se em mente uma (re)construção da *primazia* (e não supremacia) do interesse público em contraposição à relevância jurídica e axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, aufere-se que colisão de interesses, na verdade, não há! É o que preleciona Daniel Sarmento, ao afirmar que *a correta intelecção do que seja o interesse público vai apontar não para a ocorrência de colisão, mas sim para a convergência entre estes e os interesses legítimos dos indivíduos, sobretudo aqueles que se qualificam como direitos fundamentais.*²⁶⁰

É necessário, portanto, um re-pensar criticamente o “princípio da supremacia” do interesse público, para apoiar a construção hermenêutica no método ponderativo, amparado no princípio da proporcionalidade através de seus três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade), e no princípio da dignidade da pessoa humana, com vistas a concretizar, através da autodeterminação e existência digna do indivíduo, a própria razão de ser do Estado democrático e social de direito: a promoção da justiça social e do bem comum, conforme consagrado no art. 3º da CF.

²⁶⁰ SARMENTO, Daniel (Org. e Colab.). Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. in: *Interesses públicos “versus” Interesses privados: Desconstituindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 81.

2 DOGMATISMO JURÍDICO E PRÁXIS JURÍDICA PROSPECTIVA (A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO)

Propõe-se diferenciar a atividade desenvolvida pela Jurisdição quando embasada em conceitos e institutos enraizados pelo saber jurídico dogmatizado, prática fundada no *dogmatismo jurídico*,²⁶¹ onde se inclui o silogismo judiciário, e quando voltada a rever criticamente conceitos e institutos modelados por este pensamento secular, embasada em uma *práxis jurídica prospectiva*, tendo em vista concepção incutida pela Teoria Crítica do Direito proposta por Luiz Fernando Coelho, através de uma visão prospectiva, não dedutiva, da atividade jurisdicional do Estado.²⁶²

²⁶¹ O dogmatismo jurídico perde força a partir do *Institucionalismo Jurídico* de Hariou e Renard, em França, e de Santi Romano, na Itália, que ocorre importante abertura para a crítica social, pois se concede a prevalência às normas sociais sobre as jurídicas, levando a repensar o formalismo positivista e conduzindo ao pluralismo, com o qual fica superada a idéia de que o único direito é o produzido pelo Estado, deixando-se entrever a perspectiva de um direito voltado para o futuro, de uma práxis prospectiva. (Cf. COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 273). Segundo discorre Norberto Bobbio: “A doutrina institucionalista representa uma reação ao estatalismo. Ela é uma das tantas maneiras pelas quais os teóricos do direito e da política tentaram resistir à invasão do Estado. Ela nasce, ora da reavaliação das teorias jurídicas da tradição cristã, como em Georges Renard [ver a *Théorie de l’institution (Teoria da Instituição)*, 1930], ora da influência das correntes socialistas libertárias (Proudhon), ou anárquicas, ou sindicalistas como é o caso de Georges Gurvitch [...] e se converte em teoria do direito, na França com Maurice Hariou, e na Itália com Santi Romano [...]”. (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 32).

²⁶² “A idéia de que a experiência jurídica não se exaure na descrição retrospectiva dos fenômenos sociais, mas implica uma atividade criadora, teve dois momentos expressivos em seu desenvolvimento. Um voltado para o próprio direito, quando se levou em conta que a produção normativa não é monopólio do legislador, mas que ocorre em todos os estratos da atividade jurídica, aí incluído o jurisdicional, ou jurista em seu trabalho hermenêutico. O segundo momento envolveu a conscientização do papel do jurista na sociedade, não o de zeloso defensor da ordem social, nem o de intérprete e aplicador das normas que a regulam, mas o de *construtor* da sociedade: um cientista, um técnico, um *engenheiro social*, cuja obra se manifesta explicitamente por seus resultados na sociedade”. (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 274-275). No que discorda Clèmerson Merlin Clève: Com efeito, é difícil imaginar que um órgão como o Judiciário, cujos agentes não dispõem de representatividade popular, pudesse exercer a liberdade de conformação típica do Legislativo e excepcionalmente do Executivo. Aceita essa regra, teríamos como consequência a negação do sistema constitucional brasileiro de organização funcional do poder, que atribui o exercício da política, enquanto poder de determinação do sentido para o qual se orientará a ação do Estado, ao

O modo de conceber a jurisdição como atividade simplesmente declaratória da vontade da lei deita raízes no direito romano²⁶³. Porém, a concepção é estratificada no saber jurídico tradicional pela ideologia da separação dos poderes em sua feição liberal-clássica²⁶⁴.

Com efeito, os conceitos e institutos jurídicos fortemente enraizados na cultura jurídica dos países de tradição romano-canônica, entre os quais o Brasil, têm a concepção de jurisdição e processo oriundas do direito romano como verdadeiro paradigma, a partir do qual foi construída grande maioria das categorias jurídico-dogmáticas atualmente conhecidas.²⁶⁵

Não se pode, contudo, confundir construção dogmática do Direito, isto é, fundada nas estruturas concebidas pela ciência jurídica em sentido estrito²⁶⁶, com dogmatismo jurídico, doutrina filosófica e método de conhecimento que se opõe ao ceticismo (heurística), o qual aceita certos postulados como evidentes e os utiliza como paradigmas na construção do

Executivo e ao Legislativo, mas jamais ao Judiciário. Não se quer com isso dizer que o Judiciário é “apolitizado”, ou que não faz política. É que a política do Judiciário está jurisdicionalizada (princípio da independência e da imparcialidade do juiz) e, portanto, não possui função prospectiva (a não ser de modo reflexo), e sim retrospectiva. A “política” eventualmente exercida pelo Judiciário não tem o condão de fixar o vetor que determina o sentido da ação global do Estado”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 85-86).

²⁶³ Conforme lição de Ronaldo Poletti: “Alvo do processo para os romanos é a atuação da vontade da lei, em relação a um determinado bem da vida (*res in iudicium deducta*). A vontade da lei entendida como a vontade do Estado, quer dizer, como um *commune praeceptum*, que pe uma entidade superior que impera sobre o magistrado, como o magistrado sobre o povo: “*Ut magistratibus leges ita populo praesunt magistratus*” (Cic. de leg., III, 1). (POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 120). Ainda, de origem romana, a *iurisdictio* era exercida pelo juiz privado (*iudex*) através do procedimento da *actio* e desprovida de atividade imperativa (*imperium*) o que a impossibilitava de exercer funções executiva e mandamental. O poder de *imperium* era desempenhado exclusivamente pelo pretor (*praetor*) romano através dos *interdictos*, considerados provimentos de natureza exclusivamente administrativa. Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução: na tradição romano-canônica*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

²⁶⁴ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução: na tradição romano-canônica*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 44-45.

²⁶⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução: na tradição romano-canônica*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

²⁶⁶ A dogmática jurídica, forma de conhecimento científico que fundamenta toda estrutura do Direito, é também conhecida como ciência jurídica *stricto sensu*.

conhecimento mediante a aplicação de princípios da lógica formal (método dogmático dedutivo inerente à matemática, à geometria euclidiana e à própria lógica tradicional).²⁶⁷

Esta forma de conhecimento a que, pejorativamente, se denomina *dogmatismo* é consequência direta do racionalismo idealizado pelos filósofos iluministas e, ao aplicar esta filosofia ao direito, procurou-se fazer do direito positivado pelo Estado uma ciência exata com as mesmas características da concepção científica utilizada aos conhecimentos matemáticos, sujeitos à verificação e constatação da verdade e certeza através de fórmulas eternas e abstratas, levando o Direito a ser concebido como conjunto de conceitos e institutos eternizáveis racionalmente criados pelo homem.

Assim, os conceitos e institutos jurídicos criados a partir dos paradigmas dogmáticos do positivismo e do racionalismo-formalista constituem os alicerces do saber científico acumulado na cultura jurídica pátria, paradigmas estes que norteiam a construção da ordem jurídica e a atividade jurisdicional; a forma de criação, interpretação e aplicação do direito positivo, posto pelo Estado²⁶⁸.

Surge em tempos mais recentes, porém, uma nova concepção da dogmática jurídica, a qual tem como precursor o pensamento de Friedrich Müller a partir do qual se propõe a construção do direito com base em uma dogmática diversa da tecida pela ciência

²⁶⁷ Ver sobre a diferença entre dogmática e dogmatismo em COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 176.

²⁶⁸ Ainda, conforme Norberto Bobbio: “De la construcción depende la atribución de determinadas consecuencias jurídicas a un hecho, a un acto, a una relación o a una institución; a la construcción se le confía la formación del sistema jurídico. En esta acepción el término “construcción” está estrechamente vinculado con la noción de *dogmática*; la dogmática es, en sentido dinámico, el efecto de la construcción de los juristas, en sentido estático, un conjunto de modelos proporcionados por la obra de construcción. No es poco frecuente que un jurista expresa la exigencia de “construir desde el punto de vista *dogmático* una institución, operación, comúnmente llamada *construcción dogmática*, aun cuando el adjetivo parece pleonástico por la carga significativa del sustantivo. La designación de una investigación así orientada como *formal* o, en sentido peyorativo, *formalista*, se explica si se tiene en cuenta que el fin de la investigación no es ni la explicación causal ni la justificación teleológica de un instituto, sino la determinación de su estructura normativa. (BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Traducción de Ernesto Gazón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, 1999, p. 24)

jurídica clássica fundada em paradigmas absolutos como abstração, imutabilidade e certeza dos conceitos e institutos jurídicos²⁶⁹.

A metódica estruturante de Friedrich Müller, ou dogmática do âmbito (*Bereichsdogmatik*), como a define Rodrigo Meyer Bornholdt²⁷⁰, é capaz de permitir aberturas metódicas conforme o âmbito normativo com o qual se trabalhe, partindo do caso concreto ao invés de partir da lei, como o faz a dogmática clássica através do seu silogismo judiciário, o que possibilita abertura da dogmática a novas concreções e, ainda, discussões e questionamentos constantes sobre as conclusões já existentes e congeladas pela dogmática tradicional.²⁷¹ Não obstante, deve ser orientada pela norma jurídica e não por qualquer “concepção subjetiva” estruturada em simples concepções políticas, na lógica do razoável ou por qualquer outro elemento “totalizante da realidade”, apesar de contestar o papel racional da predominância da “opinião” ou “doutrina” dominante²⁷².

Assim, a metódica estruturante ou dogmática do âmbito seria uma espécie evoluída da dogmática tradicional e, de um modo geral, inserida na *zetética do direito*. O método interpretativo *zetético* subordina a lei, o conceito e o método às situações reais e sempre cambiantes da vida social visto que o direito não é imóvel, nem vazio, mas

²⁶⁹ MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem, Violência*: Elementos de uma teoria constitucional, I. (Recht – Sprache – Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I). Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995.

²⁷⁰ “Em sua concepção dogmática, Müller tampouco se identificará com um conceito tradicional que, pretendendo definir, abstratamente, em detalhes, cada instituto jurídico, e a coordenação entre eles, acabasse por congelar seus significados. Trata-se antes de uma dogmática estruturante que, exigindo concretização e desenvolvimento dogmático a partir da relevância do caso, torna-se também aberta a novas concreções”. (BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução dos conflitos entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 61).

²⁷¹ Friedrich Müller propõe uma metódica estruturante do direito. Para o autor “o estabelecimento de regras jurídicas, a aplicação de regras, a sua interpretação, a valoração jurídica, a decisão e a discussão configuram trabalho. Para os efeitos da nossa linha de análise, ele deve ser compreendido como trabalho não tanto a partir da *estrutura interna* das suas conseqüências – conforme o positivismo, a partir da subsunção, do procedimento conclusivo silogístico -; como o seu *material*: conforme o positivismo, portanto, de acordo com os textos da norma. Muito pelo contrário: ele deve ser pesquisado liminarmente a partir do seu *contexto social*, a partir da sua relação com outras tarefas, causadas e formuladas pelo convívio social”. (MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem, Violência*: Elementos de uma teoria constitucional, I. (Recht – Sprache – Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I). Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 15)

²⁷² BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução dos conflitos entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 61-64.

*essencialmente mutável, devendo se adaptar às condições sempre renovadas da sociedade*²⁷³.

Para as escolas orientadas pela zetética jurídica, o *direito existe para solucionar casos sociais concretos e não para manter dogmas, teorias e princípios abstratos, afastados da realidade social*²⁷⁴. Não se pode, contudo, confundir a orientação zetética com a orientação crítica.

No Brasil, o pensamento crítico do direito é desenvolvido a partir da década de 80 do século XX através de um re-pensar sobre o papel do direito e dos juristas. Destaca-se em três grandes orientações: sociológica²⁷⁵, alternativa²⁷⁶ e crítica²⁷⁷.

A vertente sociológica, ou sociologia do conflito, tende a re-aproximar a intelectualidade da práxis social com a superação da ortodoxa sociologia da ordem²⁷⁸; já a orientação alternativa ganha força a partir do pensamento crítico existente na teoria de Luiz Alberto Warat, Roberto Lyra Filho, Roberto Aguiar²⁷⁹ e com a então denominada “hermenêutica jurídica crítica” de Luiz Fernando Coelho o qual, com seus ensinamentos em

²⁷³ Cf. COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de introdução ao direito*. Barueri: Manole, 2004, p. 334.

²⁷⁴ Luiz Fernando Coelho discorre sobre a existência de quatro orientações zetéticas – teleológica, sociológica, axiológica e realista : “A zetética teleológica abrange a teleologia de Ihering e a jurisprudência de interesses de Heck. A sociológica compreende a escola da livre investigação científica, a escola do direito livre e a escola norte-americana de jurisprudência sociológica. A axiológica reúne as correntes culturalistas, escolas que postulam a prevalência dos valores na experiência jurídica e sua realização nos atos decisórios. E a zetética realista orienta os trabalhos hermenêuticos levando em conta como o direito se apresenta na realidade histórica – como decisão, linguagem ou objeto cultural. Compreende três expressões do realismo jurídico: o psicológico, o lingüístico e o culturalista”. (COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de introdução ao direito*. Barueri: Manole, 2004, p. 334).

²⁷⁵ Segundo André-Jean Arnaud: “A sociologia jurídica tem, de fato, além da função instrumental, uma função crítica, que consiste em garantir que as reformas feitas para acarretar uma mudança jurídica correspondem às aspirações sociais e não aos únicos interesses dos governantes e dos grupos de pressão que os circundam”. (ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Maria José. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Tradução de Eduardo Pellew Wilson (da versão francesa da obra *Sistemas jurídicos: Elementos para un Análisis Sociológico*). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 195).

²⁷⁶ Antônio Carlos Wolkmer discorre sobre a diferença do que denomina “prática” e “uso” alternativo do direito, sendo a primeira a estratégia “implementada por organizações da sociedade civil (comissões populares, centros comunitários e organizações não-governamentais – ONGs) e por assessorias de extensão universitária, que vêm desenvolvendo a prática efetiva de serviços legais ou assistência judicial extraestatal. Trata-se do rompimento com os serviços legais de cunho assistencialista e paternalista calcados na prática ritualista da lei e do formalismo jurídico”; e o segundo consubstancia-se na estratégia “operacionalizada por magistrados no exercício da função judicial e de inegável expansão no meio de produção, interpretação e aplicação jurisprudencial”. (WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª ed., São Paulo: Ed. Alfa Omega, 2001, p. 172-174).

²⁷⁷ Denominação atribuída por Luiz Fernando Coelho em sua Teoria Crítica do Direito, conforme exposto no tópico 3. Sobre o assunto ver COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 320.

²⁷⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 321.

²⁷⁹ Cf. COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 322. O assunto também é abordado por CLÈVE, Clémerson Merlin. Sobre o uso alternativo do direito. in: *Temas de direito constitucional* (E teoria do direito). São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 210-230.

cursos de pós-graduação na região Sul do país, fez eclodir movimento conhecido como “Direito Alternativo”²⁸⁰.

A vertente ou orientação crítica, fundada na atualmente denominada *Teoria Crítica do Direito* doutrinada por Luiz Fernando Coelho subsidia a elaboração de um modelo prospectivo do saber jurídico e apto a realizar o ideal do *direito como construção social*, a que se referia Roscoe Pound, através da união dialetizada entre a teoria e a experiência e também pela interdisciplinaridade entre o político, o sociológico, o semiológico, o psicanalítico, entre outros planos sociais, podendo, desta forma, ser definida como teoria *impura* do direito²⁸¹. Esta visão construtiva e prospectiva do saber jurídico é alicerçada em quatro categorias²⁸² ou vertentes do pensamento crítico dimanadas da dialética da participação²⁸³: a sociedade, a ideologia, a alienação e a práxis.

Em brevíssima síntese, a *sociedade* como categoria crítica significa a tensão dialética e dinâmica existente nas relações de poder (dominação *x* libertação) em determinado

²⁸⁰ O movimento do “Direito Alternativo” não se confunde com o “uso alternativo do direito” e tem como propagadores magistrados gaúchos que entendem que “a lei injusta não deve ser aplicada, e que o papel do juiz é o de buscar o justo no caso concreto, com a superação do legalismo, pretendendo desmitificar a neutralidade da lei, numa clara e decidida opção pelos pobres”. (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 328).

²⁸¹ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 13-14.

²⁸² As categorias, na concepção kantiana, são conceitos puros *a priori* de conhecimento, isto é, não derivam da experiência empírica, mas de uma apreensão anterior, uma dedução transcendental que o sujeito congnovente tem do objeto de conhecimento. Kant afasta-se, assim, do empirismo, corrente filosófica que entende apenas ser possível o conhecimento a partir da experiência, do objeto cognoscitivo. (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005).

²⁸³ Conforme ensinamentos de Luiz Fernando Coelho: A dialética da participação é assim uma proposta metodológica às exigências de uma práxis transformadora, o que pressupõe também a dimensão política. E ao novo estatuto justamente repugna a separação entre a teoria e a práxis, consideradas não mais como entidades separadas no plano teórico, mas apenas o epistemológico de princípios da única realidade, o ser humano individual e social, cuja ontologia, esta sim, pode servir de fundamento a qualquer teorização.

Por isso, a dialética da participação pressupõe a interdisciplinaridade do social, que não é a incorporação em visão unitária dos resultados de diversas ciências, ou seja, a incorporação da crítica à ciência da sociedade realizada desde fora. Deve-se entender a interdisciplinaridade como interação de regiões teóricas, realizando-se no plano epistemológico a tarefa que a dialética culturalista já realizara no plano ontológico, a exemplo do conceito de tridimensionalidade específica em Reale, sem o alcance, embora, que a dialética da participação propõe, ao substituir a ontologia do direito pela ontologia do ser social.

Finalmente, a dialética da participação exige a elaboração de categorias que só ganham sentido enquanto instrumentos de compreensão de uma realidade histórica concreta, a qual por sua vez também só ganha sentido quando assumida pelos agentes envolvidos, de modo consciente, na práxis transformadora; ou seja, as categorias elaboradas por essa dialética da transformação não são apenas intérpretes da realidade, mas indicadoras de uma estratégia política que catalisa o saber articulado com o fazer. São as categorias do pensamento crítico, ou *categorias críticas*. (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 45-46).

tempo e espaço (sociedade real e histórica), e que faz surgir os *movimentos sociais* como atividade fundada num objetivo político em busca de mudanças sociais; a *ideologia* como conceito crítico permite revelar e discernir os elementos *ideais*, correspondentes aos interesses de um grupo social em um determinado momento histórico, transformados em elementos *reais* através de um processo revestido de racionalidade objetiva como forma de aceitação social²⁸⁴; a *alienação* significa o produto social da ideologia, isto é, representa a inconsciência coletiva quanto à manipulação da ideologia pelos detentores do poder social; por sua vez a *práxis*, que etimologicamente significa uma atividade dirigida a um fim, como categoria crítica constitui uma atividade que, consciente do grau de manipulação ideológica, adere às propostas éticas e políticas voltadas à reconstrução da sociedade, à transformação social. Por fim, nas palavras de Luiz Fernando Coelho:

[...] as categorias do pensamento crítico interpretam a realidade fazendo parte dessa mesma realidade, com ela interagindo como categorias transformadoras. O tempo e o espaço históricos a que se referem são o mundo atual, com toda sua carga de sofrimento, a exigir um posicionamento por parte das pessoas que dele tomam consciência, não se deixando seduzir pela adesão reacionária a uma ordem social que precisa ser transformada, nem permanecendo naquele estado de inconsciência social, em que o sujeito se deixa levar pela manipulação das idéias em benefício dos grupos e indivíduos privilegiados. O mundo atual remete-nos ao complexo das relações humanas em seus diversos estratos de manifestação, tais como o econômico, o político, o social e o jurídico, determinados em função da história. É essa concreção histórica que vai evitar que as categorias da dialética da participação *purifiquem*, se isolem atrás de uma aparência de neutralidade ideológica, mas se confundem com o próprio real em sua imanente dialeticidade²⁸⁵.

Portanto, o pensamento crítico do direito amolda-se dentro da ciência da sociedade, campo privilegiado da lógica dialética, posto que na consideração ontológica da dialética da participação *os estratos ideológico e social se fundem na mesma unidade e projetam-se prospectivamente, não como condicionantes da ação do sujeito, mas como meio*

²⁸⁴ Sobre o assunto José Carlos Moreira da Silva Filho: “Portanto, da mesma forma que a filosofia é usada ideologicamente no campo da política, o Direito também o é, podendo, do mesmo modo, ser utilizado para a dominação ou para a libertação. A filosofia, de certa maneira, legítima e justificada determinada posição política perante às demandas sociais, funcionando, no caso da prática dominadora, como instrumento acobertador de diferenças e conflitos. O Direito tem a mesma lógica, podendo servir para a finalidade de formalização das necessidades sociais interpretadas pela fração social dirigente” (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Filosofia Jurídica da Alteridade*: por uma aproximação entre o pluralismo jurídico e a filosofia da libertação Latino-Americana. 1ª ed.-2ª tir., Curitiba: Juruá, 2000, p. 214).

²⁸⁵ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 48.

*onde esta ocorre, repelindo, por completo, as abstrações matemáticas próprias da lógica formal, visto que as categorias críticas não podem ser inteiramente abstratas ou universais e muito menos neutras em relação ao estrato ideológico do social*²⁸⁶.

Assim, a inovação de Luiz Fernando Coelho para ciência jurídica se faz com a introdução de categorias críticas em oposição às categorias dogmáticas²⁸⁷, com conseqüente utilização das categorias críticas como premissas para construção prospectiva do conhecimento jurídico, o que significa *repensar os pressupostos ideológicos da dogmática jurídica, concebida como modelo tradicional de saber, que fornece o quadro sistemático do direito positivo*²⁸⁸.

A práxis judicial prospectiva volta-se para transformação da realidade social, com a efetiva circulação e (re)distribuição de bens e riquezas, diminuição das desigualdades sociais e dignificação da pessoa humana, através da garantia de acesso de todos a uma ordem jurídica adequada e efetiva. Entrementes, para que a jurisdição seja elemento de transformação da realidade social é preciso que esteja voltada a concretizar os fins sociais esculpidos pelo art. 3º da CF²⁸⁹, ou seja, *é preciso que a jurisdição faça a opção pelo interesse social, e não pelo “interesse do Estado”, que não passa de mero interesse de governo, que é transitório e enquanto aquele é permanente*²⁹⁰.

²⁸⁶ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 48.

²⁸⁷ “Así, pues, la apelación a la conciencia social significa solo que no se está satisfecho con el derecho vigente y se quiere transformarlo; pero frente a una legislación inspirada en los principios del liberalismo económico, los intervencionistas invocarán la voz insuprimible de la conciencia social, de la misma manera que frente a una legislación inspirada en la intervención del Estado, los liberales invocarán la voz, también insuprimible, del derecho natural. Una vez más, formalismo y antiformalismo – si queremos utilizar estas expresiones – no tienen un valor o un disvalor en sí mismos, sino que su valor o disvalor dependen de la ideología a la cual sirven y que nosotros aceptamos (o rechazamos). (BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Tradução de Ernesto Gazón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, 1999, p. 30-31).

²⁸⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 16.

²⁸⁹ “O rompimento com a cultura jurídica dominante se dará tão somente com a ruptura epistemológica tanto da ciência jurídica como da práxis jurídica. O art. 3º, da CF, é um excelente referencial do novo saber jurídico a ser construído”. (PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002, p. 166).

²⁹⁰ Cf. PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002, p. 166.

A Teoria Crítica do Direito, assim, para além do papel questionador e de inserção de finalidades aos conteúdos e normas jurídicas (zetética), introduz ao estudo do direito um elemento prospectivo e transformador, qual seja, *o elemento político*; o qual, numa visão dialetizada entre a realidade social e a proposta de construção de uma ordem jurídica prospectiva, comprometida com a efetiva transformação do meio social, opera verdadeiro corte epistemológico com o saber jurídico tradicional, dogmaticamente acumulado, o que se faz através de uma visão interdisciplinar do direito com as demais ciências sociais, tomando-se como premissas as categorias críticas acima apontadas, dentre as quais a *práxis* é a mais importante por englobar todas outras três: a ideologia, a sociedade e a alienação. Questiona-se, assim, a separação entre o direito e a política com adoção de uma postura desveladora da carga ideológica que acompanha toda evolução do direito e do Estado²⁹¹.

Defendendo-se, nos dizeres de José Eduardo Faria: [...] a “*repolitização*” da educação jurídica com o objetivo de convertê-la num campo imaginativo, numa estratégia hermenêutica e numa prática social capazes de desenvolver possibilidade emancipatórias de cidadania e formas institucionais alternativas de pluralismo econômico, social e político²⁹².

Por fim, é preciso situar-se o pensamento crítico do direito à luz do fenômeno da mundialização ou transnacionalização dos mercados, focando-se a progressiva perda de autonomia dos Estados-nação na tomada de decisões políticas em detrimento dos interesses públicos primários, com aumento a exclusão social. A diferença entre uma visão acrítica (despolitizada e despolitizadora) e uma visão crítica (politizada) da postura do

²⁹¹Conforme as precisas palavras do progenitor da Teoria Crítica do Direito, no Brasil: “A terceira (hermenêutica crítica) questiona a separação entre as leis e a política, denuncia o conservadorismo dogmático e o caráter mitológico dos princípios em que se apóia o direito tradicional e postula uma ciência jurídica comprometida com a transformação social. [...] Como teoria prospectiva, a ciência do direito assuma sua função política e ideológica, devendo ser encarada como disciplina compromissada com a realidade social e voltada para a construção de uma ordem jurídica e social progressivamente melhor. O direito passa, então, a ser encarado não como instrumento de dominação dos poderosos sobre os demais segmentos da sociedade, mas como instrumento de transformação social, expressão da justiça que deve ser realizada”. (COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de introdução ao direito*. Barueri: Manole, 2004, p. 326-387).

²⁹²FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 122.

operador do direito perante a “ditadura do poder invisível” é fornecida por José Eduardo Faria, ao tecer a seguinte comparação:

No primeiro caso, o direito tem sido visto como um conhecimento de natureza eminentemente técnico-instrumental, baseado numa ética de eficiência – e o que se espera dos juristas e doutrinadores é apenas e tão-somente que forneçam o ferramental teórico e o suporte prático necessários tanto à sua operação quanto à sua justificação. No segundo caso, o direito tem sido concebido como instrumento de emancipação e promoção de inclusão social, de garantia da autonomia do “mundo da vida” com relação ao “mundo da moeda”, de recusa do ‘pensamento único’ e do globalismo unidimensional e economicista, de fortalecimento de uma esfera pública pluralista, de constituição de modos de vida livremente compartilhados, de reafirmação dos valores republicanos da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da justiça social, e, por fim [...] de contenção dos ímpetus da acumulação desenfreada de riqueza privada e da própria lógica dos mecanismos e sistemas crescentemente abstratos do dinheiro.²⁹³

Em síntese, o pensamento jurídico não pode mais se ater à idéia um único poder soberano, absoluto e exclusivo: o Estado Nacional; pois também o direito está implicado diretamente no processo de globalização, sendo esta verdadeiro paradigma a ser criticamente adotado no atual contexto jurídico-social.²⁹⁴

2.1 Racionalismo e ideologia no processo civil

Pode-se afirmar que a redução de todo pensamento jurídico a um raciocínio lógico-metódico, a um silogismo jurídico²⁹⁵, deita raízes no racionalismo iluminista.²⁹⁶ Com

²⁹³ FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos?* Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 122-123.

²⁹⁴ Cf. ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre modernidade e globalização*: lições de filosofia do Direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3.

²⁹⁵ A palavra silogismo deriva do latim – *sylogisticu* – e significa, em sentido genérico: argumento composto de três proposições, a terceira das quais (conclusão) é a consequência das outras duas (premissa maior e premissa menor). O silogismo representa um raciocínio lógico e preordenado a partir da justaposição de duas proposições, com o exato encaixe da premissa menor à premissa maior, conduz necessariamente a uma conclusão lógica (terceira proposição). Cf. FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. *Dicionário Brasileiro Globo*. 18ª ed., São Paulo: Globo, 1991.

²⁹⁶ A *dogmática jurídica* se desenvolve na ambiência histórica da Revolução burguesa, tendo como forma de organização social o *Estado Moderno* (Liberal), como sistema econômico o *capitalismo* e como filosofia o *positivismo*; visto que os grupos sociais hegemônicos tendem a impor suas próprias normas de conduta socialmente exigíveis (obrigatórias) e que neste contexto histórico a classe dominante é a *burguesia*, a “concepção do direito fundamenta-se numa cosmovisão desenvolvida durante o Iluminismo que cristaliza-se no positivismo filosófico, o qual engendrou o positivismo jurídico”, cosmovisão esta representada pelo

efeito, o apego à forma permeia todo o pensamento jurídico a partir do racionalismo-positivista que enraíza, no “mundo jurídico”²⁹⁷, as noções de verdade e certeza, as quais apenas seriam alcançáveis através de fórmulas pretensamente universais e eternas operadas com o silogismo judiciário tal qual ocorre com as deduções lógico-analíticas.²⁹⁸

Com efeito, a idéia de que a aplicação do direito deveria ser efetivada segundo a “vontade” absoluta e unívoca da lei (*mens legis*) ou do legislador (*mens legislatoris*) - atuação da vontade objetivada na lei - tem início com a ideologia positivista que pretende reduzir o direito em uma ciência com as mesmas características das ciências fisco-matemáticas ou naturais.²⁹⁹

Em Montesquieu encontra-se gérmen da neutralidade da lei com a suposição de que as leis *são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas*³⁰⁰, sendo esta, pois, a ideologia disseminada pelo direito liberal e tradicionalmente adotada sem nenhum

racionalismo iluminista. Cf. COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 195-196.

²⁹⁷ “A criação do “mundo jurídico”, tão presente em nossas concepções do Direito, foi uma conseqüência inevitável do *racionalismo*. Não é de estranhar que nossas Universidades limitem-se a ensinar essas “verdades eternas” que prescindem dos fatos. O direito processual moderno, como disciplina abstrata, que não depende da experiência, mas de definições, integra o paradigma que nos mantém presos ao racionalismo, especialmente ao Iluminismo, que a História encarregou-se de sepultar. Esta é a herança que temos de exorcizar, se quisermos libertar de seu jugo o Direito Processual Civil, tornando-o instrumento a serviço de uma autêntica democracia. É ela responsável pela suposta neutralidade dos juristas e de sua ciência, que, por isso, acabam permeáveis às ideologias dominantes, sustentáculos do sistema, a que eles servem, convencidos de estarem a fazer ciência pura”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 79).

²⁹⁸ O racionalismo concebe o direito como ciência jurídica dotada de fórmulas jurídicas universais e imutáveis preestabelecidas e garantidoras da verdade e certeza necessárias ao descobrimento da “vontade da lei” pelo juiz, através do silogismo judiciário: “O conhecimento em sentido estrito era o científico. Correspondendo ao clima positivista e antifilosófico do séc. XIX e ainda sob o modelo perfeito de conhecimento que surgia das ciências físico-naturais, a dogmática se orientará para estabelecer o caminho que inexoravelmente deveria percorrer para alcançar o ansiado objetivo da ciência jurídica. O campo da criação ou do obrar jurídico ficava vedado para o conhecimento. Mas tampouco havia interesse por tentar o inútil esforço dos filósofos, preocupados com um mundo imaginário que fosse além do direito positivo empiricamente verificável. Se o jurista pretendia seriamente avocar-se o conhecimento objetivo do direito, tinha somente a opção científica” (VIGO, Luis Rodolfo. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37)

²⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. compiladas por Nello Morra; tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135.

³⁰⁰ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 79

questionamento quanto à *origem* dos conceitos e institutos jurídicos-dogmáticos.³⁰¹ Tem-se, nessa ótica, a idéia de ser a lei destituída de quaisquer valores culturais e históricos e o normativismo fundamentado na razão humana (do legislador) e na natureza das coisas, a decisão como uma proposição lógica neutra e isenta de quaisquer pré-conceitos ou pré-juízos valorativos ou pessoais.

A redução de todo o direito à lei se dá com o desenvolvimento metódico do raciocínio jurídico pela denominada *escola da exegese* francesa, em especial com o advento do Código Civil Napoleônico de 1804 e, conforme ensina Norberto Bobbio, como o próprio nome já diz a escola *se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código*.³⁰²

No período de 1830 a 1880 vive a *Escola da exegese* seu apogeu³⁰³ e impõe de forma absoluta seu método de raciocínio jurídico, fidedigno à doutrina da separação dos poderes e à visão legalista e rigidamente estatal do direito. Ao Legislador caberia, pois, com exclusividade a função criadora da lei e, por conseguinte, do direito (princípio da onipontência do legislador); à Jurisdição, a função de dizer o direito – *jus dicere* - e ao juiz competiria descobrir a “vontade da lei”, anteriormente elaborada pelo legislador, ser inanimado pela qual ela se expressaria – a mera *boca da lei*.³⁰⁴ Concepção perfeitamente justificável no período pós-revolução francesa.³⁰⁵

Tem-se com o positivismo francês, portanto, a concepção de ser o direito “único” e “estatal”, isto é, o direito restringido às leis emanadas pelo Estado através de seu

³⁰¹ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 245.

³⁰² Conforme Norberto Bobbio: “Trata-se de um acontecimento fundamental, que teve uma ampla repercussão e produziu uma profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo”. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. compiladas por Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p.63 e 78).

³⁰³ Chaïm Perelman cita a evolução contínua desta Escola: “É possível distinguir, no seio daquilo a que se chamou “A Escola da exegese”, três fases: uma fase de instauração, que começou na promulgação do Código Civil, em 1804, e terminou entre 1830 e 1840; uma fase de apogeu, que se estendeu até cerca de 1880; e por fim uma fase de declínio, que fechou em 1899, quando a obra de Gény anunciou-lhe o fim”. (PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 31)

³⁰⁴ MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 178.

³⁰⁵ Sobre o assunto: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. compiladas por Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 78 e ss.

órgão legiferante, vedado a qualquer outro órgão, principalmente à Jurisdição, inovar ou criar o direito, sob pena de estar-se a cometer arbitrariedade manifesta conforme a já então proclamada afirmação de Thomas Hobbes.³⁰⁶ O direito posto pelo Estado – o Direito Positivo - é tido com um fim em si mesmo e como única fonte legal válida e vigente em uma sociedade estruturalmente organizada.³⁰⁷

No mesmo período histórico, mais especificamente em 1868 quando publicada a célebre obra de Oskar von Bülow sobre exceções e pressupostos processuais³⁰⁸, o processo ganha seu espaço próprio no campo da “Ciência” e seu reconhecimento como disciplina autônoma e específica do saber jurídico cientificista fundado na razão, ganhando foros de independência da teoria civilista dos romanistas franceses ou da doutrina procedimentalista.³⁰⁹ O direito processual é, assim, completamente desvinculado do direito material, passando a possuir categorias e institutos próprios. Tal qual as ciências exatas com suas fórmulas matemáticas ganha o direito processual o “status” de Ciência autônoma, concebida sua cientificidade na visão racionalista-dogmática clássica:

³⁰⁶ Assim, o clássico pensamento de Thomas Hobbes: “O Juiz subordinado deve considerar a razão que levou o Soberano a fazer determinada Lei, para que sua Sentença esteja conforme com ela e, nesse caso, será a Sentença do Soberano, caso contrário será a sua e, portanto, injusta”. (HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 2ª ed., tradução Rosina D’Angina. São Paulo: Ícone, 2000, p. 197).

³⁰⁷ “Entende-se como lei positiva a concretização, num dado tempo e lugar, das regras de comportamento social. Quer se esteja diante do sistema romano-germânico, de legislação escrita, quer se trate do sistema anglo-americano, de direito consuetudinário, em que o conteúdo do Direito é dado primordialmente pela jurisprudência (se bem que, cada vez mais, o direito escrito vem prevalecendo sobre o consuetudinário nos Estados Unidos), tem-se que as normas de conduta e de convívio social são ditadas por uma autoridade estatal (Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário) como aquelas a serem observadas pelos membros dessa comunidade. O Direito Positivo, dessa forma, constitui um controle social (influenciados do comportamento individual de acordo com fins sociais) baseado na existência de uma autoridade no meio social, que conduz a conduta dos membros de uma comunidade quer através do controle difuso dos costumes, em que a reprovação social impõe o respeito aos padrões vigentes, que através do controle estatal das leis promulgadas, em que a sanção vem da Força Armada do Estado”. (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *A legitimidade do direito positivo: direito natural, democracia e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 50).

³⁰⁸ É atribuído a Bülow o mérito pelo florescer da ciência processual como disciplina autônoma, separada do direito privado. Em sua obra progênita sobre exceções e pressupostos processuais Bülow cria a teoria da relação jurídica processual tal qual hoje a concebemos, como relação jurídica de natureza pública entre o Estado-juiz e as partes (triangulação processual) e a idéia de “procedimento” como seqüência de atos em que se resumia todo o processo até meados do século XIX ficou relegado às sombras da importância da relação jurídica processual. Com o esquecimento da noção privatista de “procedimento” ocorre o distanciamento entre o direito privado e o processo.

³⁰⁹ Cf. SILVA, Clóvis V. do Couto. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oscar Bülow). *Revista de Processo*. nº 37, ano 10, p. 259-260, jan./março.1985.

A segunda conseqüência do *dogmatismo* é sua tendência para conceber as categorias processuais – por isso que apenas conceituais – como se elas fossem eternas. Este pendor pela “naturalização” das instituições processuais constitui propriamente o *dogma*. Uma de suas expressões mais óbvias é a formação de um direito processual eminentemente *conceitual*, que se desliga da realidade social. Assim como as grandezas matemáticas não têm história, nem compromissos culturais, assim também imagina-se que a constelação de conceitos jurídicos com que laboram os processualistas possa servir a qualquer sociedade humana, em qualquer tempo, independentemente de suas peculiaridades culturais.³¹⁰

Segundo a concepção dogmática, acima exposta, o Direito é legítimo por sua unicidade, estatalidade e racionalidade³¹¹ e, agregando estes três pressupostos – denominados de “tripé ideológico” por Luiz Fernando Coelho – todo direito emanado do Estado, único direito vigente e válido no ordenamento jurídico e racionalmente concebido através do sistema, se legitima através de uma autolegitimação própria: é o direito-em-si, legítimo por si mesmo³¹², através de suas próprias regras³¹³.

³¹⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 300.

³¹¹ Cf. Rodolfo Luis Vigo: “O conceito de direito, que foi construído pela moderna ciência jurídica, era estritamente positivista, normativista-legalista e juridicista. Com efeito, não havia outro direito senão o positivo; este era criado pelo legislador na forma de normas legais, e o direito se explicava e se compreendia somente a partir do direito, rejeitando o jurista as impurezas irracionais e anticientíficas de natureza política, ética ou axiológica. O direito era a norma, melhor ainda: simplesmente a lei, pois só o Poder Legislativo contava com capacidade jurígena para criar o direito”. (VIGO, Luis Rodolfo. *Interpretação Jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37)

³¹² Conforme discorre Norberto Bobbio: “Pero, si es rara la teoría integral de la justicia formal, hay que tener en cuenta que no es menos rara la doctrina opuesta, atribuida a los jusnaturalistas, si la enunciamos en su forma extrema en esta expresión: “La ley (positiva) es válida solo si es justa” (reducción de la validez a la justicia). En realidad sabemos perfectamente que la teoría jusnaturalista clásica há ido acompañada, generalmente, por la teoría de la obediencia, esto es, por la teoría según la cual la ley debe ser obedecida, aun cuando en muchos casos, fuera injusta; pero el afirmar que una ley deba ser obedecida significa afirmar, precisamente, que es válida. De esta manera, la teoría de la obediencia corrige la teoría jusnaturalista pura hasta transformala en la fórmula siguiente: “La ley es válida aun cuando sea injusta”. Pero esta fórmula termina por econtrarse con aquella aceptada por la mayor parte de los juristas positivistas, aunque éstos a menudo lleguen a ella a través de un proceso inverso, es decir, a través de la corrección de la concepción legalista de la justicia; se concluye: el principio que es caro al jurista es que la ley debe ser obedecida. Una vez que se há puesto en claro que esto afecta a la validez y no la justicia, está dado el paso para llegar a la expresión de que: “la ley aunque sea injusta puede ser válida”, la cual es una formulación diversa, con igual significado que la precedente. Ambas están fundadas sobre el principio no ya de la reducción de la validez a la justicia o viceversa, sino de la distinción entre validez y justicia, de acuerdo con la siguiente fórmula: “Una norma puede ser justa sin ser válida y válida sin ser justa”. (BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Tradução de Ernesto Gazón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, 1999, p. 15-16)

³¹³ Nas palavras de Luiz Fernando Coelho: “[...] se aceitarmos a noção tradicional que enfatiza a característica da positividade como essencial a toda forma de direito, concluímos que a imagem ideológica de um direito único elaborado ou cooptado pelo Estado é exigência racional para que esse direito seja igualmente considerado legítimo. O princípio da legitimidade passa a ser portanto o ponto de convergência dos pressupostos ideológicos da unicidade, estatalidade e racionalidade do direito. Ou seja, na concepção do direito que veio a banalizar-se como dogmática jurídica, a legitimidade não constitui uma característica autônoma, mas uma implicação desses outros pressupostos, também entre si articulados; e é em função desse tripé ideológico que o princípio jurídico da legitimidade passa a ser um princípio da autolegitimidade do direito” (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.504)

Extrai-se da concepção dogmático-positivista os conceitos de unidade, completude e coerência do sistema jurídico, dentro do qual não haveria lacunas passíveis de preenchimento pelo “arbítrio” judicial, pois o fato concreto necessariamente se amoldaria em uma regra jurídica pré-existente no sistema, previamente prevista e estabelecida pelo legislador, cabendo ao intérprete uma atividade essencialmente lógica, nos dizeres de Norberto Bobbio.³¹⁴

2.1.1 O dogma da completude

Durante o Estado liberal clássico a lei foi dogmaticamente concebida como única fonte formal do direito em países regidos pelo sistema da *civil law*, de tradição romano-canônica.³¹⁵ A atividade interpretativa teria necessária e unicamente como paradigma a regra jurídica criada pelo legislador, devendo o juiz, intérprete exclusivo, a tarefa de descobrir e declarar a vontade da lei através de uma operação lógica e racional, totalmente isenta de critérios subjetivos ou valorativos.³¹⁶ Com efeito, dever-se-ia partir única e exclusivamente da lei, nunca dos fatos ou da equidade.³¹⁷

³¹⁴ Bobbio assim se manifesta: “ A su vez, el dogma de la omnipotencia del legislador funda la plenitud y la coherencia del sistema; y la plenitud y la coherencia del sistema son uno de los presupuestos para la teoría del juez autónoma y, más en general, para la consideración de la actividad del intérprete como actividad esencialmente lógica” (BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Tradução de Ernesto Gazón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, 1999, p. 101).

³¹⁵ Não obstante, as técnicas de interpretação e aplicação do direito remontam a épocas mais antigas da história da civilização humana. Já o direito romano conheceu as *aequitas*, bem como o direito medieval e o direito moderno sempre reconheceram o direito consuetudinário e a *analogia iuris* como fontes secundárias, não formais, de direito.

³¹⁶ “A lógica das ciências explicativas, aplicadas ao Direito, determina outra consequência decisiva. Se a função do julgador é descobrir a verdade, então suprime-se de seu campo de atividade qualquer autonomia crítica capaz de permitir-lhe, sob o mesmo texto legal, a construção de duas ou mais soluções, *segundo critérios valorativos diferentes*”. (BAPTISTA DA SILVA. Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução: na tradição romano-canônica*”, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 116).

³¹⁷ “O genuíno conceito de equidade, para o direito romano clássico, correspondia a um valor por assim dizer imanente ao sistema jurídico, como critério intrínseco ao sistema. Certamente poderia dar-se que uma determinada norma fosse iníqua. Todavia, sê-lo ia por discrepar do próprio sistema jurídico, compreendido em seu sentido global [...] O conceito romano de *aequitas* transforma-se nas compilações de Justiniano para significar *humanitas*, benignidade e, em última análise, *pietas* cristã [...] Para o direito romano oriental de Justiniano, a *aequitas* tornou-se um referencial constante, como critério de correção do direito positivo, tanto do

Nesta concepção positivista do Direito (o Direito como monopólio do Estado)³¹⁸ está enraizada a noção de completude ou plenitude do ordenamento jurídico segundo o qual não haveria lacunas no ordenamento jurídico: *o sistema conteria tudo; nenhum caso que devesse ser juridicamente regulado deixava de ter solução normativa.*³¹⁹ Com isto, caberia ao magistrado julgar todas as controvérsias apresentadas ao seu exame com base em um dispositivo de lei ou da lei dedutível, por processos essencialmente lógicos, sem que fosse preciso ou permitido recorrer à equidade.³²⁰

O ápice da idéia de completude do ordenamento jurídico ocorreu durante a era das codificações (século XIX), em que se renderam, juristas e juízes, ao Direito codificado, ao “fetichismo da lei”³²¹, sendo gradualmente dissipado este dogma com o advento da “escola do direito livre”, que se forma a partir da crítica tecida por Eugen Ehrlich, no início do século XX.³²² Apesar deste movimento conhecido “escola do direito livre” ser posteriormente alvo de constantes críticas, como a tecida por Karl Engisch, reconhecia-se ao menos, a importância histórica da corrente.³²³

direito material quanto, especialmente, do processo”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução: na tradição romano-canônica*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 96-97)

³¹⁸ JHERING, Rudolf von. *A evolução do direito*. 2ª ed. Salvador: Livraria Progresso, 1956, p. 254.

³¹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral (uma perspectiva luso-brasileira)*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 487.

³²⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. *A teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Cláudio de Cicco e Maria Celeste. 4ª ed., Brasília: Ed. Universidade de Brasília (Endub), 1994, p. 118-119.

³²¹ BOBBIO, Norberto. *A teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Cláudio de Cicco e Maria Celeste. 4ª ed., Brasília: Ed. Universidade de Brasília (Endub), 1994, p. 121.

³²² Conforme extrai-se de passagem de Eugen Erlich: “A projeção jurídica, quanto à sua natureza, não é nada mais do que o efeito direto das transformações internas da vida social sobre as normas de decisão. Sem uma tal projeção, que os juristas devem realizar a toda hora, uma administração da justiça sob o domínio do direito estatal, sobretudo sob seu atual domínio absoluto, não seria imaginável. Somente ela foi capaz – mesmo que em grande parte só aparentemente – de sustentar o tradicional direito constitucional, o direito privado estatal e o direito administrativo diante da atual movimentação tormentosa na sociedade, que a legislação de forma alguma foi capaz de acompanhar”. (EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 307-308).

³²³ Segundo Engisch: “Sem dúvida que este movimento toma de pontos de partida muito diversos. Ele pode partir também do caráter lacunoso de todo o Direito legislado ou da incorreção de muitas leis, para depois chamar o juiz a preencher as lacunas e a corrigir as normas incorretas [...] “criadoramente” e num plano de igualdade com o legislador. Mas seu fito principal, se bem que entretanto negado perante o assalto dos opositores, era seguramente trazer para o regimento o “juiz do rei”, afrouxar os vínculos legais, elevar a “livre discricção” a um princípio compreensivo de toda a elaboração jurídica. (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado (do original alemão *Einführung in das juristische denken* 1964). 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 208).

Superado o dogma da completude do ordenamento jurídico e reconhecida a existência de lacunas³²⁴ surge a necessidade de criação de métodos de colmatação ou integração, ocasião em que os princípios gerais de direito³²⁵ adquirem força normativa para, na falta de disposição legal aplicável, direta ou indiretamente (por analogia), serem subsidiariamente³²⁶ aplicados na solução das controvérsias submetidas em juízo.³²⁷ A partir de então passam a serem reconhecidos, em diversas legislações, como fonte secundária do direito, a exemplo da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (LICC) que prevê expressamente em seu art. 4º que: *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*

³²⁴ Sabido o reconhecimento da existência de três tipos de lacunas no ordenamento jurídico. A *lacuna normativa*, na qual está incluída a lacuna técnica, é a falta de norma regulamentadora de certo caso específico. As relações sociais estão em constante desenvolvimento e mutação, sendo impossível à ciência jurídica acompanhar tal ritmo acelerado e abarcar todas as situações ocorridas no mundo fático. Trata-se, pois, de caso concreto não amparado pelo ordenamento jurídico em vigor, da falta de norma jurídica para regular determinada situação, que se traduz na lacuna normativa. Como citado, inserida neste contexto está a lacuna técnica. A lacuna técnica instaura-se ante a ausência de lei ordinária ou complementar de que dependa determinada norma constitucional para ser aplicada, isto é, enquanto a norma for sintaticamente ineficaz. Por outro lado, existe *lacuna ontológica* quando determinada norma jurídica não for socialmente eficaz, ou seja, não guardar relação com a realidade fática daquele determinado momento histórico. A norma existe, mas permanece inerte, pois é desobedecida e inaplicada pelas autoridades ou pela própria sociedade a que se destina. Finalmente, tem-se a lacuna axiológica quando a norma for contrária, inadequada aos valores positivos e objetivos reinantes no meio social. Cada sociedade é regida por seus próprios valores e ideais, devendo a norma, principalmente a constitucional que alberga *standarts* jurídicos, ser formulada de modo a atender e conter os valores socialmente objetivados. (DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 28).

³²⁵ Quanto à origem da expressão princípios jurídicos acredita-se, conforme Roberto Luis Vigo, ser a partir do jusnaturalismo que se pode deduzir a existência ou reconhecimento, explícito ou implícito, de certos princípios que, extraídos da natureza das coisas, passam a representar o fundamento e a medida do “dever ser”, noção posteriormente incluída, pelo cientificismo jurídico do século XIX, nos códigos ou no direito positivo. Rodolfo Luis Vigo aborda discussão quanto à origem histórica doutrinal da expressão tecendo que: “[...]Rivacoba y Rivacoba, atribui ao terciário franciscano Raimundo Lullio ou Ramón Lull (1235-1315) o fato de ter utilizado, pela primeira vez, a fórmula em estudo em suas obras, sendo que com isso pretendeu estabelecer os princípios gerais da ciência jurídica. Francisco Elias de Tejada afirma que o positivismo na segunda metade do século XIX empregou a expressão assinalada como substituta do direito natural dos séculos XVII e XVIII que se originou o tem que nos ocupa. Angel Sánchez de la Torre explica que a teoria filosófica dos princípios do direito é de origem estóica e foi desenvolvida juridicamente pelos jurisconsultos e retóricos romanos. José Martín Oviedo entende que os PGD ascenderam como uma fonte formal em razão do jusnaturalismo escolástico”. (VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 123-124).

³²⁶ Luiz Fernando Coelho discorre sobre a função integrativa dos princípios gerais de direito: “A ambiência positivista em que se desenvolveu a teoria dos princípios levou a que se procurasse eliminar dos textos legais as tradicionais referências ao direito natural, entendendo-se que só seriam admitidos como jurídicos os imperativos efetivamente incorporados ao direito positivo. Assim mesmo, em se tratando de procedimento integrativo de lacunas, aparecem numa ordem hierárquica onde são precedidos pela analogia e pelo direito consuetudinário, às vezes pela equidade” (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 376).

³²⁷ RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 5ª ed., anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 274-275.

Conforme assinala Karl Engisch, a questão dos princípios como forma integrativa do ordenamento jurídico e sua relação hierárquica com os outros métodos de colmatação (analogia e costumes) é uma questão filosófico-jurídica na qual o grau de abstração dos princípios jurídicos influencia diretamente na diversidade de fórmulas metodológicas de que pode o juiz se valer.³²⁸ A colmatação de lacunas segundo os princípios jurídicos gerais - dotados de validade geral ou princípios histórico-concretos-, diz Engisch, deve observar primeiramente os: *princípios jurídicos absolutos, de validade absolutamente geral, ou pelo menos máximas formais como o princípio da ponderação e confronto dos bens e deveres jurídicos.*³²⁹

Como visto, Karl Engisch tem os princípios de validade geral oriundos do direito natural, como princípios jurídicos *absolutos*. Entretanto, apesar de se concordar com Robert Alexy³³⁰ quanto à *inexistência* no ordenamento jurídico de princípios que se possa considerar *absolutos*³³¹, no campo da ciência do direito passar a ser gradualmente reconhecida a importância dos princípios jurídicos em decorrência de sua maior abstração normativa, a ponto de Claus-Wilhelm Canaris definir *o sistema jurídico como “ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito”*.³³² Sua aplicação prática contribui, inegavelmente, por dar mais flexibilidade na fundamentação das decisões judiciais.

³²⁸ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado (do original alemão *Einführung in das juristische denken* 1964). 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 247.

³²⁹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado (do original alemão *Einführung in das juristische denken* 1964). 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 247-248.

³³⁰ “Em el problema de la invalidez de principios, se trataba de principios sumamente débiles, es decir, de principios que, en ningún caso, preceden a otros. En el caso de los principios absolutos, se trata de principios sumamente fuertes, es decir, de principios que, en ningún caso, pueden ser desplazados por otros. Si existen principios absolutos, hay que modificar la definición del concepto de principio, pues el hecho de que exista un principio que, en caso de colisión, tiene que preceder a todos los otros principios, es decir, también a aquél que dice que las reglas estatuidas tienen que ser obedecidas, significa que su realización no conoce límites jurídicos. Sólo siguen existiendo límites fácticos. El teorema de la colisión no es aplicable. (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales* (trad. do original “*Theorie der Grundrechte*” de 1986). Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés, 2ª reimpresión, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001, p. 106).

³³¹ O que ocorre é que alguns princípios, em decorrência de sua maior abstração ou maior carga axiológica *normalmente* ganham preferência no método hermenêutico. Porém, também estes princípios, citado o princípio da dignidade da pessoa humana, devem ser mitigados em determinados casos específicos.

³³² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamentos sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de Antonio Menezes Cordeiro. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 280.

Todavia, é com a superveniência da constitucionalização do processo, fenômeno que ganha força no período pós-guerra, que começa a florescer o significado dos princípios para otimizar a hermenêutica jurídica em conseqüente detrimento da supremacia da lei, visto que todo princípio jurídico carrega consigo certa carga valorativa o que faz afrouxar as amarras que pretendia o exegeta ao rigorismo da lei; à descoberta da “vontade da lei” ou da “vontade do legislador”.³³³

2.1.2 O dogma da neutralidade

Cumprir diferenciar, a princípio, a questão da imparcialidade do juiz de sua neutralidade. O juiz neutro imaginado pela doutrina positivista-dogmática não pode, sob pena de incorrer em arbítrio³³⁴, atentar para as particularidades do caso concreto, para as diferenças existentes na realidade social.³³⁵ Como visto, como forma de garantir a segurança jurídica ao juiz caberia apenas aplicar as proposições abstratas, gerais e pretensamente universais dos códigos, como forma de garantir a igualdade (formal) entre os litigantes e a correção (formal) das decisões através do silogismo judiciário³³⁶ de forma totalmente racional e a-valorativa.³³⁷

³³³ Conforme entendimento de Giuseppe Chiovenda, o escopo do processo e da jurisdição civil é a “atuação da vontade concreta da lei”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. I. 3ª ed., tradução da 2ª versão italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 40).

³³⁴ Assim, o clássico pensamento de Thomas Hobbes: “O Juiz subordinado deve considerar a razão que levou o Soberano a fazer determinada Lei, para que sua Sentença esteja conforme com ela e, nesse caso, será a Sentença do Soberano, caso contrário será a sua e, portanto, injusta”. (HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 2ª ed., tradução Rosina D’Angina. São Paulo: Ícone, 2000, p. 197).

³³⁵ Conforme Carlos Alberto Álvaro de Oliveira ao discorrer sobre o princípio da submissão do juiz à lei: “Da mesma forma, busca-se circunscrever e limitar a prepotência estatal com a adoção de que, ao resolver a controvérsia, o juiz não se deve apor a cânones de valoração por ele criados arbitrariamente para o caso submetido a sua decisão, mas sim a modelos preconstituídos (*iura novit cúria*), exigência que evidentemente não impede a interpretação criativa do órgão judicial ou o preenchimento de lacunas legais. A questão vincula-se estreitamente, claro está, ao fenômeno da estatização do direito ao próprio Estado de direito, incluído aí o princípio da legalidade, fundamental aos sistemas políticos de cunho democrático”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Formalismo no processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80-81).

³³⁶ “Uma vez estabelecidos os fatos, bastava formular o silogismo judiciário, cuja maior devia ser fornecida pela regra de direito apropriada, a menor pela constatação de que as condições previstas na regra haviam sido preenchidas, sendo a decisão dada pela conclusão do silogismo” (PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 33).

³³⁷ Segundo Karl Engisch: “Qualquer que seja a função que possam desempenhar as fontes irracionais da descoberta do juízo ou sentença judicial, o juiz, perante o seu cargo (função) e a sua consciência, tão-só poderá

Deixava-se de se considerar, portanto, que o juiz não é um ser isolado, mas uma pessoa dotada de pré-conceitos e pré-juízos inerentes à sua própria experiência de vida e formação sócio-cultural. Por esta razão, Cândido Rangel Dinamarco preleciona que:

[...] *imparcialidade não se confunde com neutralidade axiológica*, porque o juiz é membro da sociedade em que vive e participa do seu acervo cultural e problemas que a envolvem, advindo daí as escolhas que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo. Agindo como canal de comunicação entre o universo axiológico da sociedade e o caso concreto, o juiz não inova e não infringe o dever de imparcialidade. O que ele faz é trazer para as suas decisões, positivando-as com isso, os cambiantes imperativos da ordem social e política da nação, rompendo a estática dos textos legais e interpretando-os segundo os valores a preservar.³³⁸

Com o correr do tempo vozes surgiram contra a neutralidade e passividade imposta aos juízes pela ideologia liberal que pregava impossibilidade de investir a Jurisdição de qualquer função criadora de direitos. Atualmente começa-se a propagar deva o juiz investir-se da “autoridade” de sua função e a utilizar na busca inquisitória da verdade material e na solução adequada ao caso concreto levado ao seu conhecimento, atentando aos problemas reais a clamarem soluções adequadas e efetivas.³³⁹

Ademais, o mito da neutralidade traz comodidade externada na irresponsabilidade, na proteção das letras da lei, o que faz com que a qualquer incorreção das decisões recaia sob responsabilidade exclusiva do legislador, tradicionalmente criado para externar a vontade da maioria.³⁴⁰ Dogmas como o da neutralidade que concebe a lei como

sentir-se justificado quando a sua decisão também possa ser fundada na lei, o que significa, ser dela deduzida. Neste ponto de vista, a descoberta e a fundamentação da decisão não são procedimentos opostos. A tarefa que o juiz tem perante si é esta: descoberta duma decisão (solução) fundamentada através da lei”. (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado (do original alemão *Einführung in das juristische denken* 1964). 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 69-70)

³³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel (Coord.). Escopos políticos do processo. In: *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 115.

³³⁹ “Imparcialidade não significa neutralidade diante dos valores a serem salvaguardados por meio do processo. Não há nenhuma incompatibilidade entre tal princípio e o empenho do juiz para que seja dada razão àquela parte que efetivamente agiu segundo o ordenamento jurídico. Ao contrário, este é o verdadeiro intento do processo. Importa ao juiz conduzi-lo de tal modo que seja efetivo instrumento de justiça, que vença quem realmente tem razão. Nisto consiste a imparcialidade”. (GOMES, Sergio Gomes. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 75).

³⁴⁰ “O fundamento dessa posição estava ligado à idéia de que a alteração do sentido da lei, pelo Poder Judiciário, representaria indevida interferência com a soberana vontade popular, externada por intermédio do trabalho dos seus representantes políticos. Notória, neste período a lição de “Montesquieu”, para quem o Judiciário não poderia ser outra coisa senão “a boca inanimada das leis”, numa sugestiva imagem que bem demonstra que o Judiciário não poderia questionar nem alterar, ainda que minimamente, o conteúdo das leis” (PUOLI, José

proposição lógica destituída de qualquer conteúdo valorativo e a função jurisdicional como mera atividade declaratória da vontade da lei ou do legislador, tem íntima ligação com a teoria da separação dos poderes na sua concepção clássica.³⁴¹

É preciso enfatizar, entretanto, que as novas posturas e atitudes assumidas por juízes em decorrência dessa maior conscientização de ser o papel que desempenham na sociedade algo mais do que simplesmente “declarar” a vontade objetivada da lei³⁴², não os transforma em juízes *parciais* ou legisladores³⁴³, como chega a pressupor Maurice Duverger.³⁴⁴ Com efeito, preleciona Edmondo Bruti Liberati, imparcialidade do juiz, qualquer que seja o sistema processual, não implica a passividade absoluta e a indiferença ao resultado.³⁴⁵

Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 125-126).

³⁴¹ Segundo as lições de Ovídio Baptista A. da Silva: “Quando olhamos desta perspectiva, torna-se claro o componente ideológico, redutor da jurisdição à função *declaratória*. O que se espera dos magistrados é que eles descubram, como quem resolve um problema algébrico, a “vontade da lei”, nada além da lei. [...] A doutrina do “certo” e do “errado” pressupõe também a pretensa neutralidade da lei, concebida pelo normativismo moderno como uma proposição lógica, sem qualquer conteúdo valorativo”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 245).

³⁴² Atente-se para o movimento recentemente presenciado no Brasil formado por magistrados gaúchos, os quais se autodenominaram “O Grupo”, e cujas decisões ficaram conhecidas como “Direito Alternativo”. O movimento tem início devido à grande perplexidade demonstrada pelo “O Grupo” em relação à neutralidade ou alienação dos juízes em relação aos problemas sociais surgidos em decorrência dos prejuízos causados aos pequenos produtores rurais com o “Plano Cruzado”, plano governista que favorecia apenas as instituições financeiras e grandes empresas, o que levou aos magistrados integrados ao movimento a adotarem as antigas doutrinas da cláusula “*rebus sic stantibus*”, da teoria da imprevisão e da teoria do abuso do direito com fundamento para negarem a constrição dos bens de pequenos produtores rurais prejudicados e, assim, rechaçando a aplicação da lei injusta e assumindo posição nitidamente política. Cf. COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 329-330.

³⁴³ Sobre o assunto André Andrade ensina que: “[...] é inadequado aludir ao Judiciário como (mero) legislador negativo, assim como é equivocada a idéia de que ele, ao adjudicar sentido a um texto legal, esteja a atuar como legislador positivo. Embora juiz e legislador exerçam funções igualmente criadoras (de direito) e estejam, ambos, comprometidos com o texto constitucional (e por ele limitados), as atividades de ambos são essencialmente diversas”. (ANDRADE, André (Org.). *Dimensões da Interpretação Conforme a Constituição*. In: *A Constitucionalização do Direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 115). E também a balizada doutrina de CAPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

³⁴⁴ “[...] Pero si los jueces extrapolam mucho, se corre evidentemente el riesgo de que assuman un verdadero papel legislativo”. (DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. 5ª ed., Tradução Jorge Solé-Tura, et al [...]. Barcelona: Ariel, 1970, p. 243).

³⁴⁵ Tradução livre: “Imparzialità del giudice, quale che sia il sistema processuale, non implica la passività assoluta e l’indifferenza al risultato”. (LIBERATI, Edmondo Bruti. *Imparzialità e apparenza di imparzialità dei magistrati in Europa. Questione giustizia: bimestrale promosso da Magistratura democratica*. n. 2, Minalo: FrancoAngeli, 2006, p. 383).

A imparcialidade, dissociada da neutralidade axiológica, do juiz continua intacta; não sofre o menor abalo em decorrência de decisões judiciais que se deixam “contaminar” pela realidade da vida³⁴⁶, pelos fatos sócio-políticos vivenciados na sociedade da qual o juiz também é parte integrante e que, por esta razão, jamais será (e nem deve ser) inteiramente neutro aos acontecimentos que presencia, à realidade social em que opera.³⁴⁷ Conforme ensinamentos de Luiz Fernando Coelho: *se o magistrado deve ser imparcial, em relação aos interesses sub judice, ele não deve ser neutro em relação aos problemas que a aplicação das normas jurídicas soem suscitar no meio social.*³⁴⁸

Longe de se denominar arbitrárias, mas até discricionárias ou razoáveis, e até mesmo *extra legem*³⁴⁹, decisões judiciais deste jaez são juridicamente legítimas se estiverem em perfeita sintonia com os anseios da sociedade e, principalmente, por estarem em conformidade com os fundamentos e objetivos do Estado brasileiro. Assim, decisões judiciais intituladas *contra legem* por contrariarem ou não estarem previamente previstas no direito posto pelo Estado (na lei) são, todavia, decisões legítimas, se razoáveis e fundamentadas nos

³⁴⁶ “Certamente a alienação dos juristas e seu confinamento no “mundo jurídico” foram determinados por interesses políticos e econômicos de maior relevância. Não se pode, por isso, pretender a superação do paradigma racionalista sem que as atuais estruturas políticas e econômicas também minimamente se transformem. A alienação dos juristas, a criação do “mundo jurídico” – lugar encantado em que eles poderão construir seus teoremas sem importunar o mundo social e seus gestores – impôs-lhes uma condição singular, radicada na absoluta separação entre “fato” e “direito”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 301).

³⁴⁷ “Destarte, terá o juiz de mergulhar no mundo dos valores, pelo simples fato de nele já se encontrar inserido ao atuar no terreno jurídico, onde a neutralidade é impossível. Ainda que o magistrado não faça uma opção consciente por determinada hierarquia de valores, ao exercer o poder, estará optando e impondo de modo decisório o seu juízo de valor sobre determinada relação jurídica. O modo como fará uso de seus poderes na condução do processo e na interpretação das leis, dependerá de sua opção por uma ou várias correntes de interpretação, oriundas das múltiplas escolas hermenêuticas conhecidas. Portanto, a neutralidade axiológica nada mais é do que um mito a ser definitivamente extirpado do plano jurídico e especificamente do espaço de atuação do poder jurisdicional, porquanto ao sentenciar, seja acolhendo ou rejeitando o pedido, o juiz estará valorando à luz de princípios e normas do ordenamento jurídico vigente”. (GOMES, Sergio Gomes. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 24).

³⁴⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 406.

³⁴⁹ Conforme lições de Karl Larenz: “Compreende-se que também um tal desenvolvimento do Direito tem que permanecer em consonância com os princípios gerais da ordem jurídica e com a “ordem de valores” conforme à Constituição; mais, só pode ser justificado mediante essa consonância. Trata-se, portanto, de um desenvolvimento do Direito certamente *extra legem*, à margem da regulação legal, mas *intra jus*, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamago. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 502).

princípios ou objetivos fundamentais da ordem constitucional brasileira, que se pretende *democrática e de direito*.³⁵⁰

2.2 Interdisciplinaridade

Na esteira de Jônatas Luiz Moreira de Paula, a *Interdisciplinaridade* pode ser concebida atualmente como fonte material do direito processual, haja vista a influência que a Interdisciplinaridade exerce sobre a epistemologia ao permitir a ampliação dos horizontes do campo jurídico e assim, a obtenção de novos paradigmas para produção do conteúdo da norma processual, o que determina a eficácia da Interdisciplinaridade como fonte do direito processual.³⁵¹

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, auferindo estar alcançada a construção dogmática do processo, preleciona que *a tarefa de hoje é política, ainda que pensada por juristas-processualistas, responsáveis por teorizar sobre as instituições que compatibilizam as construções jurídicas com a realidade social, econômica e política de nossos dias*.³⁵² Para tanto, é preciso a conscientização de que não existe neutralidade e pureza no Direito³⁵³ e que as próprias concepções defensoras destes postulados são impregnadas de conteúdo ideológico.³⁵⁴

³⁵⁰ Nos Estados Unidos, país de tradição anglo-saxônica e que adota o sistema da *common law*, o maior ativismo dos juízes é ínsito ao sistema, estando aí o nascedouro do controle de constitucionalidade das leis. Destaca-se passagem de Thomas Cooley: “[...] Mas onde, como na America, a legislatura age em virtude uma autoridade delegada, limitada pela propria Constituição, e o poder judiciario tem força para declarar a legitimidade de uma lei, uma disposição inconstitucional forçosamente decairá quando como tal for reconhecida pelos tribunales a cujo exame for submetida. Semelhante disposição rigorosamente não é uma lei, porque não estabelece regra alguma; é meramente uma fútil tentativa para estabelecer uma lei”. (COOLEY, Thomas MacIntyre. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Tradução de Alcides Cruz. 2ª ed., reprodução fac-similar parcial da ed. de 1909, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 23).

³⁵¹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do direito processual brasileiro: Das Origens Lusas à Escola Crítica do Processo*. Barueri: Manole, 2002, p. 17-18.

³⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos políticos do processo. In: *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 96.

³⁵³ “Inexiste *pureza* no direito. O jurídico coabita, necessariamente, com o político e com o econômico. Toda teoria jurídica tem conteúdo ideológico. Inclusive a teoria pura do direito. Nenhum instituto jurídico, nenhuma construção jurídica escapa dessa contaminação. Nem mesmo a dogmática jurídica. Nem o processo, um

Nesta perspectiva, o estudo científico do direito no despertar do terceiro milênio longe está da visão de ciência imposta pelo racionalismo iluminista³⁵⁵ devendo ser efetivada com olhos voltados à realidade social existente no tempo e no espaço em se situa o sujeito cognoscente³⁵⁶ (estudiosos, juristas e operadores do direito de um modo geral), através do desvelar ideológico de figuras dogmáticas criadas pelo pensamento dominante de outrora e que hoje não têm mais razão de existir, razão pela qual deve-se ter em mente aquela ideologia *perniciosa* a que se refere Ovídio Baptista A. da Silva, *aquela que procura perpetuar-se através dos tempos, tentando transferir valores e conceitos que foram úteis a determinadas épocas, para novos contextos históricos e sociais.*³⁵⁷

Ademais, o desvelar do “ser” jurídico, consistente no objeto cognoscível a que se dispõe sujeito cognoscente ao ato de (re)interpretar (conhecer), dificilmente transporá

instrumento aparentemente neutro, estritamente técnico, foge desse comprometimento. Ele também está carregado de significação política e tem múltiplas implicações econômicas”. (CALMON DE PASSOS, J.J.. Democracia, Participação e Processo. *Participação e Processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 85)

³⁵⁴ Sobre o assunto José Carlos Moreira da Silva Filho: “Assim, postular um Direito “neutro”, que, em última instância, procura defender as normas emanadas pelo Legislativo e pelo Executivo, fazendo do Judiciário um mero aplicador, significa mascarar com cores científicas a expressão real de interesses setoriais que o Estado representa, e nesses interesses setoriais encontram-se aqueles que sintetizam a ideologia da classe ou fração dominante. Afirmar uma concepção universalmente válida para o Direito leva à possibilidade de não se perceber que o Direito é essencialmente temporário, isto é, apenas transitoriamente reflete legitimamente as condições propícias para o desenvolvimento social. Portanto, quando o juiz se restringe à aplicação automática da lei e abençoa a hegemonia estatal com o seu sistema coercitivo, ele, longe de permanecer em uma atitude neutra, encontra-se em plena atividade ideológica, pois em última instância legitima e justifica o conteúdo ideológico dominante presente na lei e nos atos executivos”. (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Filosofia jurídica da alteridade: por uma aproximação entre o pluralismo jurídico e a filosofia da libertação Latino-Americana*. 1ª ed.-2ª tir., Curitiba: Juruá, 2000, p. 214-215).

³⁵⁵ Conforme ensinamentos de Ovídio A. Baptista da Silva, o racionalismo procurou fazer do Direito uma “ciência”, sujeita aos princípios metodológicos utilizados pelas matemáticas, que fez com que o Direito se transformasse num conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade, desvinculando-o da História. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo.. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed., São Paulo: Forense, 2006, p.1).

³⁵⁶ Sobre o processo cognitivo, as lições de Luiz Fernando Coelho: “O relacionamento intelectual característico do processo de conhecimento também se aplica ao direito, engendrando o conhecimento jurídico. Pode-se conceituá-lo como relação que se estabelece entre um sujeito cognoscente e o conjunto de fenômenos ocorrentes na experiência social, a que se convencionou denominar *direito*. (COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de Introdução ao Direito*. Barueri: Manole, 2004, p. 33)

³⁵⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução: na tradição romano-canônica*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 217. A ideologia como categoria crítica do pensamento jurídico, ademais, procura demonstrar o *elemento político* existente no saber jurídico tradicional, perpassado através dos séculos pela dogmática jurídica, levando ao questionamento dos propósitos do(s) Estado(s) de Direito e a formulação de novas bases jurídicas que superem tanto a concepção jurídicista do Estado quanto a concepção estatista do direito, às quais têm-se revelado incapazes de solucionar os complexos problemas da sociedade. Cf COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 307.

os obstáculos paradigmáticos criados pelos “ismos” durante os dois últimos séculos, sem que, antes atentado-se aos fatos históricos que justificaram suas criações, também se atente aos elementos sociais, econômicos e políticos vivenciados a seu tempo. Com efeito, a cegueira ideológica ocasionada pelos “ismos” - racionalismo, dogmatismo, positivismo e formalismo - há de ser desvelada procedendo-se a um corte epistemológico com o saber jurídico acumulado, isto é, um rompimento paradigmático com (pré)conceitos e (pré)juízos que impeçam ao aplicador do Direito proceder a uma visão prospectiva e construtiva do direito.

Rompe-se, assim, com o logicismo e suas fórmulas matemáticas e com o purismo e seus conceitos neutros eternizáveis, todos voltados ao conhecimento da verdade e da certeza como únicas grandezas racionais e, assim, científicas, informados por paradigmas dos quais nada que se quisesse denominar “científico” pudesse prescindir.³⁵⁸ Apesar de inegável importância do legado deixado por estas teorias, do que representaram em suas épocas e da enorme contribuição para evolução do saber jurídico³⁵⁹, não podem subsistir em meio a um contexto interdisciplinar destinado à construção de uma sociedade equânime e compatível com valores como a dignidade humana.³⁶⁰

O pluralismo, em sentido amplo, existente na atual sociedade global, não mais se compadece com uma ordem jurídica disforme e desvinculada da realidade social; com

³⁵⁸ “[...] no mundo pós-moderno, tão complexo e diferente daquele em que se viveu até há pouco, não há mais lugar para “grandes fórmulas” legitimadoras (ou “grandes narrativas”, *grands récits*, como diz Loyotard, em *La condition post-moderne*), elaboradas no passado, com apoio em “verdades”, fornecidas pela ciência, para dar soluções aos problemas que hoje se nos apresentam, com um projeto de realização de utopias. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 27-28).

³⁵⁹ “[...] A recusa de fórmulas preestabelecidas em ideologias para dar soluções a problemas de um ineditismo e complexidade tais, como são os que hoje se nos apresentam, requiere que adotemos postura democrática, pela qual se propõe buscar essas soluções provocando um debate amplo, incluindo o maior número possível de posicionamentos, sem excluir nenhum por alguma prevenção de ordem ideológica, procurando extrair de cada um deles alguma contribuição, contemplando-as quando demonstrem consistência, de forma a possibilitar uma opção vinculante a todos os envolvidos no debate com “a recuperação de uma capacidade de auto-significar-se através do Outro” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1997, p. 27-28).

³⁶⁰ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do direito processual brasileiro*: das origens lusas à escola crítica do processo. Barueri: Manole, 2002, p. 4.

um sistema jurídico formalista e “indiferente” ao conteúdo das decisões judiciais, calcado na neutralidade axiológica da lei (*dura lex, sed lex*) e na validade *formal* de suas normas.³⁶¹

A legitimidade do Direito não mais decorre de uma autolegitimação legalista (ou normativista); hoje, a ordem jurídica instituída será legítima se for adequada aos fins e objetivos fundamentais a que se destina: a construção social, a integração das classes sociais, a promoção da justiça social e do bem-estar comum³⁶², conforme previsão do art. 3º da CF. Assim, a legitimidade do direito e da jurisdição na atual perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, em especial do direito processual, será alcançada com a adoção de novas posturas e paradigmas científicos, como o estratificado no artigo 3º da CF, e com a superação de determinadas figuras mitológicas, como a neutralidade axiológica da lei e a posição passional do magistrado inculcadas pela ideologia oitocentista, o que se torna possível através do desvelamento do elemento político atrelado ao direito no percorrer da história.

Não se trata, porém, da adoção da teoria procedimental da constituição³⁶³ ou apenas do uso alternativo do direito como fator de legitimação, posto que este mantém a

³⁶¹ Mostra-se inviável, na atual evolução da Humanidade, a manutenção da cega crença de que o pré-estabelecimento de fórmulas imutáveis e eternas sejam aptas a subsumir todos os fatos sociais possíveis e, com isso, garantir a almejada certeza e segurança jurídicas. Com efeito, na sociedade a que se denomina “pós-moderna” o direito vigente será legítimo se for apto e capaz de possibilitar e concretizar os objetivos e princípios fundamentais traçados pela Lei Maior e, ainda, de atender e às reais necessidades apresentadas pelo caso concreto, propiciando ao cidadão que “bate às portas” do Judiciário uma solução adequada, justa e efetiva.

³⁶² PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do direito processual brasileiro: das origens lusas à escola crítica do processo*. Barueri: Manole, 2002, p. 14.

³⁶³ Esta teoria entende que a legitimação do direito ocorre se existirem regras procedimentais “abertas” capazes de captar as mudanças ocorridas na sociedade e adequar a aplicação das regras e princípios jurídicos aos casos concretamente surgidos. Tem como principal propagador Niklas Luhmann, para quem tal fato é possível através de uma visão sistêmica das diversas disciplinas sociais autônomas e fechadas em seus próprios sistemas, como o direito, a moral, a política, etc., todos os sistemas sociais inter-relacionando-se entre si, mas sem que se misturem seus conteúdos, de forma a haver com a integração uma constante dialeticidade de idéias. Com isto, o sistema jurídico se auto-reproduziria constantemente através dos dados (fatos) e necessidades colhidas em outros sistemas e despejando no meio social,, órbita em que gravitam estes sistemas, a solução mais adequada e justa através de regras procedimentais de realização do Direito. Esta simbiose, a qual se atribuiu a nome de “autopoiese”, busca seus fundamentos na biologia e na comunicação existente entre os órgãos do corpo humano para justificar a vitalidade necessária para manter em perfeito funcionamento o órgão jurídico, de forma que este se mantém ou se modifica conforme as necessidades e mutações ocorridas em outro órgão social. Há, pois, uma constante evolução e transformação dentro de cada sistema que erradia seus efeitos aos demais sistemas com que se comunica. Em sua obra específica sobre o assunto, Willis Santiago Guerra Filho explicita que de acordo com Luhmann: “[...]a proposta da teoria sistêmica não advoga uma conservação que chegue a comprometer a identidade social, que precisa ser conservada mas senão for também se transformando, torna-se disfuncional e destrói-se. Daí que tal teoria vai apontar para a necessidade de haver autonomia e evolução dos sistemas sociais a um estágio de estabilidade dinâmica. Como assevera Luhmann (ib., p. 135), mudanças no sistema social “exigem

legalidade instituída, conformando-se com o *factum* do Estado e do direito capitalista, mas da ruptura epistemológica com saberes acumulados pelo *dogmatismo* para a concretização dos valores de uma democracia efetiva e das aspirações da sociedade.³⁶⁴

É o que se apreende dos ensinamentos de Luiz Fernando Coelho ao afirmar que se trata de reconhecer a função política do direito, ou seja, desmistificar a separação entre o saber jurídico e o político que integram a mesma *práxis*, se vislumbrados do ponto de vista de um princípio como instrumento de *construção do social* e não como mera descrição das relações jurídicas normadas.³⁶⁵

O Direito, segundo lições de Jônatas Luiz Moreira de Paula, *não mais se destina a afirmar a existência de um Estado e nem de regulamentar a ordem social. Hoje é preciso que o Direito promova o bem-estar social, tal como refere o artigo 3º da Constituição Federal de 1988.*³⁶⁶ Nesta perspectiva faz-se mister que o sujeito cognoscente do “ser jurídico” na atualidade esteja em sintonia com as mudanças e necessidades advindas do meio social, razão pela qual correto se dizer que: *o jurista moderno é ao mesmo tempo causa e resultado de sua ciência – deverá buscar no Direito na re-construção social, a interação das classes sociais, a promoção do bem estar comum. Enfim, parafraseando Roscoe Pond: o jurista é o engenheiro social.*³⁶⁷

Resta impossível, pois, a utilização do direito como instrumento de transformação da realidade social com base em teorias e fórmulas ideologicamente puras e neutras de conhecimento, posto envolver questões relacionadas com outras ciências culturais,

em todos os casos a operacionalização com, não contra ‘o sistema’”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 85-86). Não obstante, a teoria crítica repugna esta teoria procedimentalista ou a teoria da “autopoiese” dos sistemas por entender não haver maneiras destes sistemas se manterem sempre neutros e separados um dos outros, havendo no meio sociais verdadeira contaminação entre todos.

³⁶⁴ Cf. COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 308.

³⁶⁵ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 309.

³⁶⁶ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro: Das Origens Lusas à Escola Crítica do Processo*. Barueri: Manole, 2002, p. 12.

³⁶⁷ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do direito processual brasileiro: das origens lusas à escola crítica do processo*. Barueri: Manole, 2002, p. 14.

como a sociologia, a economia e a política, o que torna imprescindível na atualidade essa interdisciplinaridade científica como forma de legitimar o Direito e as decisões judiciais.

2.3 Perspectivas do processo civil

Oscar von Büllow, durante o século XIX, dá início à formação de uma ciência processual autônoma e desvinculada dos institutos e princípios do direito material, o que possibilita o desenvolvimento de conceitos, pressupostos e institutos próprios ao direito processual³⁶⁸. Büllow desenvolve a noção publicista do processo, isto é, o processo como relação jurídica pública existente entre o Estado e as partes, posto que, desde os romanos, apenas se concebia a noção privatista.³⁶⁹

A plena autonomia da ciência processual em relação ao direito material é alcançada pela Escola Pandectista alemã³⁷⁰, conhecida pelo formalismo com que concebeu o

³⁶⁸ Conforme relata o pandectista alemão James Goldschmidt: “o primeiro que abriu caminho para trilhar uma ciência construtiva do processo foi Oscar Büllow. Seu livro *A teoria das exceções dilatórias e os pressupostos processuais*, que apareceu em 1868, chegou a ser fundamental. [...] O livro de Büllow teve êxito sem precedentes. A teoria da relação jurídica e de seus pressupostos forma a base de todos os sistemas do processo, sendo indubitável que a partir de Büllow, e não antes, começa a se formar uma ciência própria do Direito processual [...]“Büllow estabeleceu a teoria de que o processo tem o caráter de uma relação jurídica pública existente entre o Estado e as partes. Com base neste princípio, Büllow chegou aos conceitos dos pressupostos processuais. Entende, sob esta denominação, os pressupostos formais, por exemplo, a competência da jurisdição, a personalidade das partes, que são necessárias para que surja uma relação processual válida”. (GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 17).

³⁶⁹ “Oscar Büllow percebeu que, sob o conceito de exceção, ocultavam-se realidades muito diversas, e ainda que esse termo não permitia classificar com precisão a relação processual. O conceito de *Tatbestand* havia modificado as concepções do ato jurídico e as da relação jurídica material, devendo ser aplicado ao direito processual. O seu mérito está, assim em considerar o processo sob um novo ângulo; não mais sob o ponto de vista das denominadas exceções processuais, a forma tradicional de encará-lo, em que a relação processual ficava como que na sombra. Cuidou de estabelecer os requisitos ou pressupostos da existência dessa relação formulando uma crítica candente ao conceito de exceção processual, pois, como foi salientado, havia prejudicado o desenvolvimento da ciência processual, tornando difícil a compreensão de institutos importantes para o processo, como, por exemplo, o dos ônus processuais. Com base nesse entendimento, examinou historicamente o desenvolvimento das diversas concepções a respeito das exceções a partir do direito romano, através do direito intermédio e te o direito de seu tempo, com a finalidade de mostrar a inoperância desse conceito para uma concepção atualizada de relação processual”. (SILVA, Clóvis V. do Couto. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oscar Bülow). *Revista de Processo*. nº 37, ano 10, p. 259-260, jan./março.1985).

³⁷⁰ “A eliminação da exigência de proteção jurídica do Direito processual e sua adjudicação a um Direito judicial material fez surgir novamente o problema de encontrar as categorias jurídicas que convêm aos fenômenos processuais. A conexão com o objeto do processo, que falta à relação jurídica processual, não se faz colocando o

processo e pela precisão conceitual propagada por seus doutrinadores, a exemplo de James Goldschmidt, o qual, na esteira do cientificismo pandectista, delinea o fim do processo como *o término do conflito, que se obtém pela força vinculativa da coisa julgada*³⁷¹. Dessa forma, a finalidade do processo nada mais seria do que a resolução do conflito com a vitória de um dos contendores, sem se indagar se o vencedor teria ou não direito (material), pois as partes envolvidas na *situação jurídica processual*³⁷² nada mais teriam do que expectativa de vitória, a qual deveria ser atribuída a quem mais convencesse o julgador³⁷³.

processo dependendo do Direito material, que tem de se comprovar nele, mas, pelo contrário, partindo da independência do processo e averiguando a influência particular que, por meio dele, se exerce sobre o Direito material, que é seu objeto”. (GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 31)

³⁷¹ Existem muitas teorias tanto sobre o *fim do processo* quanto sobre a *natureza da coisa julgada*. Uns consideram como o fim do processo a decisão de uma controvérsia. Mas existe processo sem controvérsia, por exemplo, o juízo sem revelia. Segundo outros, o fim do processo é dirimir conflitos de vontades. Com efeito, essa é a finalidade última da jurisprudência contenciosa, mas com isto não se esclarece a finalidade do processo como meio particular para aquele último fim. Tampouco é fim do processo a coação. Vai exclusivamente implícita na sentença de condenação e mesmo nela não antes da execução. Por último, a proteção jurídica ou a atuação da lei, que se colocou como fim do processo, é, na verdade, seu ideal. Mas tal fim é de índole teleológica, “metafísica”, se encontra mais além do conceito empírico do processo e se rejeita por sentença que não concordar com o Direito material. Tal sentença não precisa de ser “injusta”, estritamente falando. Por exemplo, imagine-se o caso em que se baseie de modo processualmente correto sobre a ficção da confissão, conforme os arts. 586, §§ 2º e 3º, e 593 da Lei de Ajuizamento Civil. A falta mais grave que se pode cometer na construção jurídica é a de se construir uma instituição não segundo o seu sentido real, mas segundo sua finalidade ideal. (GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 32).

³⁷² A importância e originalidade da doutrina de James Goldschmidt, apesar de ser um jurista formal pandectista, está em ser antagonista à teoria da relação jurídica de Büllow, propagada pelas Escolas privatística e ortodoxa e até hoje adotada pelos Códigos de Processo Civil de tradição continental européia, como o CPC brasileiro. Assim preleciona Goldschmidt: “O conceito da situação jurídica forma a síntese da consideração abstrata, pressuposto processual; e da concreta, pressuposto material do Direito judicial, ou seja, reduz a um denominador comum a exigência abstrata do cidadão, de que o Estado administre justiça; e a concreta do titular, segundo o direito material, de que o Estado lhe outorgue proteção jurídica por meio de uma sentença favorável. A primeira é a possibilidade de constituir pela apresentação da demanda a expectativa próxima e certa, mas de valor inferior, de que o juiz proceda, por consequência da demanda, com base na lei processual, mas abrindo-se, simultaneamente, a expectativa distante e incerta de que o juiz prolate uma sentença favorável ao demandante. Quanto mais distante e incerta for a última, tanto mais dependerá disso o fato de que uma ou outra parte aproveite ou não certas possibilidades, se desincumba de obrigações ou se descuide delas e de que se realizem expectativas intermediárias, mais próximas e certas, mesmo quando de menor valor. Em resumo, depende do andamento ulterior do processo o fato de que uma expectativa de uma sentença favorável se aproxime e chegue a ser mais certa. Antes da citação das partes para a sentença, não se pode predizer se a expectativa próxima e certa do autor de que se prolate uma sentença adequada ao estado do pleito é, ao mesmo tempo, a de que venha uma sentença favorável. O modo de ver ou considerar o direito, que converte todas as relações jurídicas em expectativas ou perspectivas de uma decisão judicial de conteúdo determinado, pode se chamar de uma consideração *dinâmica* do direito em contraste com a consideração corrente, que é *estática*, porque enfoca todas as relações jurídicas como conseqüências juridicamente necessárias de fatos pressupostos como realizados” (GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 48-49)

³⁷³ “Os nexos jurídicos dos indivíduos que se constituem correlativamente são *expectativas* de uma sentença favorável ou *perspectivas* de uma sentença desfavorável. Mas à sentença precede o processo e, como é uma luta

De modo que exalta claramente da teoria de Goldschmidt o princípio do dispositivo, até hoje norteador do sistema processual civil brasileiro apesar de sofrer crescentes críticas³⁷⁴. Doutrina-se atualmente o abrandamento do princípio do dispositivo³⁷⁵, ao menos no modo como formal-dogmaticamente concebido, ou sua substituição pelo princípio do inquisitivo, no intuito de se outorgar ao juiz maiores poderes instrutórios e maior ativismo judicial³⁷⁶.

Ainda quanto à finalidade do processo, na doutrina italiana, de grande influência para o direito processual brasileiro³⁷⁷, Giuseppe Chiovenda entende a finalidade do processo civil e da jurisdição como *a atuação da vontade concreta da lei*³⁷⁸; Francesco Carnelutti, entende ser a finalidade do processo a justa composição da lide³⁷⁹, e Salvatore

pelo direito, as expectativas de uma sentença favorável *normalmente* de um ato processual anterior da parte interessada, que se vê coroado pelo êxito”. (GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 44)

³⁷⁴ Conforme José Carlos Barbosa Moreira: “Confiar ao juiz papel mais ativo na direção e na instrução do feito, ao contrário do que parecem rezear alguns, não implica forçosamente instaurar no processo civil o domínio do “autoritarismo” ou do “paternalismo”. Não se pretende ignorar nem minimizar a importância do que há de essencialmente dialético no processo contencioso, e menos ainda assimilar-lhe a imagem à da chamada “jurisdição voluntária”. A ampliação dos poderes do órgão judicial não tem como contrapartida necessária o amesquinamento do papel das partes, nem a eliminação, ou sequer redução, das garantias a que fazem jus, e tampouco da responsabilidade que sobre elas pesa”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*. nº 37, ano 10, p. 141, jan./março.1985).

³⁷⁵ Esse princípio apóia-se na ideologia liberal e culmina com o comportamento inerte do juiz, mantendo-o imparcial, estranho à solução da lide, transformando-o em *espectador* da lide e contrapondo-o ao *juiz ditador*, do processo inquisitivo. (PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Uma visão crítica da Jurisdição Civil*. São Paulo: LED-Ed. de Direito, 1999, p. 111)

³⁷⁶ “Este princípio, porém, obstaculariza o conhecimento real do direito debatido no processo, prejudicando, assim, a jurisdição. Com a revisão de seus postulados, em face de outros princípios, é possível reduzir sua influência no processo civil. Assim, com a restrição imposta ao princípio do dispositivo, o juiz teria maior amplitude ao conhecimento da verdade real da demanda, seja referente aos direitos discutidos, seja referente à iniciativa probatória. Porém, adverte-se que não se propõe a figura do juiz inquisitor ou ditatorial. Pretende-se, isto sim, reduzir a esfera disponível das partes, em prol de uma jurisdição atuante e efetiva. Via de conseqüência, passaria a ganhar espaço no sistema processual o princípio do inquisitivo, atualmente confinado nas demandas que versam sobre direito indisponíveis, como as ações de estado, relativo a menores e de interesse da Fazenda Pública”. (PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Uma visão crítica da Jurisdição Civil*. São Paulo: LED-Ed. de Direito, 1999, p. 112-113).

³⁷⁷ Cf. PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do direito processual brasileiro: das origens lusas à escola crítica do processo*. Barueri: Manole, 2002, p. 350.

³⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. I. 3ª ed., tradução da 2ª versão italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 40.

³⁷⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Direito processual civil e penal*. vol. I, Campinas: Péritas, 2001, p. 104-105.

Satta entende ser o processo voltado para a formação do título executivo (sentença do juiz transitada em julgado).³⁸⁰

Neste íterim, Piero Calamandrei entendia ser justamente a finalidade do processo o centro do problema, porém *não a finalidade individual que se persegue no juízo por cada sujeito que participa nele, senão a institucional, a finalidade que poderia se dizer social e coletiva em vista da qual não parece concebível civilização sem garantia judicial.*³⁸¹

A visão introspectiva concebe apenas finalidades intrínsecas ao processo, isto é, o processo voltado para um fim em si mesmo, e pode ser resumida, como vista acima, nas teorias que concebem o sistema processual somente como um fim voltado à produção da coisa julgada, à atuação da vontade da lei, à produção de decisões ou à formação do título executivo. Atualmente estas concepções são combatidas pela abstração, pelo formalismo e completa autonomia cientificista, com desvinculação do direito processual do direito substancial.³⁸² Cândido Rangel Dinamarco infere que todas essas idéias introspectivas *se prestam à mais integral neutralidade ideológica do direito processual e desconsideram por completo a inserção do juiz na sociedade*³⁸³.

De modo que desde o último século muito se tem discorrido sobre a finalidade do processo e da jurisdição, não sendo esta uma preocupação doutrinária recente. Todavia, atualmente a análise dos escopos do processo e da jurisdição ultrapassa a órbita estritamente processual a que ficou restrito em decorrência do cientificismo dogmático-positivista, havendo verdadeiro rompimento epistemológico e paradigmático com este modo

³⁸⁰ SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*. vol. 1, 7ª ed., trad. Luiz Autuori, Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, p. 226.

³⁸¹ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. vol. III, trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery, Campinas: Bookseller, 1999, p. 178.

³⁸² Piero Calamandrei, em meados do século XX, já deixava transparecer este entendimento: “O pecado mais grave da ciência processual destes últimos cinquenta anos tem sido, no meu entender, precisamente este: haver separado o processo de sua finalidade social; haver estudado o processo como um território fechado, como um mundo por si mesmo, haver pensado que se podia criar em torno do mesmo uma espécie de soberbo isolamento separando-o cada vez de maneira mais profunda de todos os vínculos com o direito substancial, em todos os contatos com os problemas de substância”. (CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. vol. III, trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery, Campinas: Bookseller, 1999 p. 178-179).

³⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19.

de conceber o estudo jurídico-processual.³⁸⁴ Na doutrina atual, partindo-se da idéia de instrumentalidade do processo, isto é, o procedimento como meio e não como fim³⁸⁵, tornou-se corrente menção a três finalidades (escopos) do processo civil: escopo jurídico, escopo social e escopo político³⁸⁶.

³⁸⁴ “Assim, para a instrumentalidade do processo á condição de possibilidade para a realização dos direitos previstos na textualidade jurídica infra e supraconstitucional. Viceja hoje no campo jurídico uma espécie de estética jurídico-processual, mormente no âmbito do Direito Processual Civil, onde o direito material sucumbe diante da forma. É o que Dallari chama de “processualismo”, vício que afeta gravemente a mentalidade jurídica brasileira e se reflete com muita clareza no desempenho do judiciário. De modo geral, aduz o professor paulista, *dão excessiva atenção às questões processuais, alongando-se freqüentemente o debate de teses acadêmicas sobre processo, mesmo quando é evidentemente desnecessário para a solução dúvidas e divergências sobre direitos que levaram as partes a pedir a intervenção do Judiciário*. Na medida em que se recupera a especificidade do jurídico através do *plus* normativo proporcionado pelo Estado Democrático de Direto, é necessária uma profunda reflexão sobre *os aspectos processuais do Direito*. Nesse sentido, Guerra Filho propõe o desenvolvimento de uma filosofia do processo, repensando a concepção tradicional sobre como se organiza o poder estatal, onde o processo adquire maior relevância no exercício das demais funções, além daquela judicial, enquanto esta última, ao mesmo tempo, passa a assumir um peso bem maior do que aquele que tradicionalmente se lhe atribui, na divisão e equilíbrio com as demais. Há que se ter claro nessa linha, *que a efetividade do processo constitui um direito fundamental*, estando Processo e Constituição intimamente relacionados. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 234-235)

³⁸⁵ Luiz Guilherme Marinoni, em análise contemporânea quanto à adequação do processo como forma de se alcançar os fins do atual Estado Constitucional, sintetiza que: “O processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. O processo é o *instrumento* através do qual a jurisdição tutela os direitos *na dimensão da Constituição*. É o *módulo legal* que legitima a atividade jurisdicional, e, atrelado à participação, *colabora para a legitimidade da decisão*. É o *conduto* que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário, e, além disto, é o *conduto* para a *participação popular* no poder e na reivindicação de concretização e de proteção dos direitos fundamentais. Por tudo isso o procedimento tem que ser, em sim mesmo, legítimo, isto é, capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seus cortes quanto à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais. É evidente que o procedimento, quando compreendido nessa dimensão, é atrelado a valores que lhe dão conteúdo, permitindo a identificação das suas finalidades. Isso razão óbvia de que o procedimento, à luz da teoria processual que aqui interessa, não pode ser compreendido de forma neutra e indiferente aos direitos fundamentais e aos valores do Estado constitucional. Nesse momento não há razão para penetrar na essência de outro processo que não aquele que importa à jurisdição do Estado contemporâneo”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*. in: <http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/34.pdf>. Acesso em 30/4/2006, p. 29-30).

³⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002; PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999; GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 27-28. Não obstante, há na doutrina menção a um único escopo do processo: “A atuação do direito substancial é o escopo do processo [...] O processo, entendido como relação processual mais procedimento, ou como procedimento realizado em contraditório, tem sempre a mesma finalidade a ser atingida: a manutenção do ordenamento jurídico, ao que advém a afirmação da autoridade do Estado e a paz social. A relação processual é, portanto, completamente independente da de direito material. O que existe é uma relação de instrumentalidade entre o processo e o direito objetivo material, pois aquele visa à atuação deste. E essa finalidade satisfaz não apenas o interesse das partes cujas relações são reguladas pelas normas de direito material, mas, principalmente, o interesse público na obediência à ordem jurídica estabelecida. Aliás, este último se sobrepõe ao primeiro”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 51 e 53).

Conforme lição de Cândido Rangel Dinamarco³⁸⁷, um dos precursores na doutrina brasileira, os escopos do processo civil podem ser assim sintetizados: o *escopo jurídico* do processo civil, partindo da visão dualista do ordenamento jurídico, é a realização prática do direito material; o *escopo social* significa eliminar conflitos mediante critérios adequados e conscientizar (educar) a população de seus direitos e obrigações através do adequado exercício da jurisdição, chamando a população a jurisdicionalizar suas insatisfações e conflitos no intuito de alcançar a pacificação social; o *escopo político* possui três aspectos, i) representa o processo como afirmação da capacidade imperativa do Estado, o processo como meio de manifestação do poder estatal (preservação institucional); ii) a esfera processual como forma de garantir as liberdades individuais (culto a liberdade) e iii) possibilitar a participação democrática dos cidadãos.

Assim, o processo civil passa a ser visto com finalidades que não apenas a formação da coisa julgada, a atuação da vontade concreta da lei ou formação de título executivo, mas uma finalidade extrínseca ao sistema processual, pois constatado que *a organização da justiça civil e em particular a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista.*³⁸⁸ Nesse diapasão, José Alfredo de Oliveira Baracho preleciona que *a função do processo não pode ser apenas aplicativa e conservadora, mas deve ser instrumento de mudança. Nesse sentido é que se percebe a importância do sistema de construção do direito pelas decisões judiciais.*³⁸⁹

Todavia, além das dimensões procedimental e instrumental do processo, ainda aufere-se uma dimensão axio-política a partir de uma perspectiva crítica da Jurisdição civil, isto é, a práxis jurisdicional voltada à (re)construção da sociedade através da realização

³⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, esp. p. 193-267.

³⁸⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*. nº 37, ano 10, p. 38, jan./março.1985.

³⁸⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 75.

dos objetivos assumidos pelo pacto social de 1988, os quais possibilitam a transformação da realidade social com a persecução dos fins estatuídos no art. 3º da CF. Assim, a visão crítica do direito processual está na sua função teleológica não apenas enquanto aplicação do direito material, solução de conflitos e pacificação social mas, principalmente, em *pacificar realizando a justiça social*³⁹⁰; o processo como instrumento de transformação da realidade empírica através de uma atividade prospectiva de realização da justiça social.

Portanto, na esteira de Jônatas Luiz Moreira de Paula³⁹¹, e tendo-se o art.3º da CF como paradigma, é possível afirmar a existência no processo civil contemporâneo de uma dimensão áxio-política. A dimensão axiológica do processo reside na efetivação dos fins do Estado brasileiro delineados no referido art. 3º, e a dimensão política consiste na manifestação da democracia. Assim, *a dimensão axio-política do processo se manifesta como elemento teleológico dos fins do Estado, como referencial de conduta e como suporte de legitimidade da sua atuação.*³⁹²

Em síntese, resta insustentável o pensamento dogmático-formalista que proclamou independência do processo como ciência jurídica autônoma, construída a partir de paradigmas formal-racionalistas, e completamente desvinculada, quer do direito material, quer de valores axiológicos e da realidade existentes no mundo social.³⁹³ Ao se (re)aproximar a atividade jurisdicional da realidade sociocultural, encarada em suas diversidades e desigualdades, em muito distanciada das regras abstratamente consideradas e pensadas no

³⁹⁰ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002, p. 48.

³⁹¹ Ainda sobre a dimensão áxio-política do processo: PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro: das Origens Lusas à Escola Crítica do Processo*. Barueri: Manole, 2002, p. 360-361.

³⁹² PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002, p. 48.

³⁹³ “A mesma infecção tem penetrado no campo dos nossos estudos: o procedimento “puro”, o processualista “puro”, a ação “no sentido abstrato”. Talvez, não digamos a decadência, senão a perturbação dos nossos estudos, derivada desta separação tão pouco natural entre o processo e a justiça à que o mesmo deve servir, tem começado o dia em que se tem formulado a teoria do direito abstrato de acionar; desde o momento em que se tem começado a ensinar, e a construir sobre isso belíssimas teorias, que a ação não serve para dar razão a quem a tem, que a ação não é direito, correspondente a quem tem razão, de obter justiça, senão que é simplesmente o direito a obter uma sentença qualquer que esta seja, um direito vazio, que fica igualmente satisfeito quando o juiz não lhe dê a razão a quem a tem e a dê a quem não a tem”. (CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. vol. III, trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery, Campinas: Bookseller, 1999 p. 180)

decorrer dos dois últimos séculos, se conduz à atuação prospectiva da jurisdição baseada em um labor hermenêutico-crítico e o processo ao cumprimento de finalidades axiológicas e políticas, como persecução dos fins e objetivos do Estado brasileiro traçados no art. 3º da CF, o que possibilita a dignificação da pessoa humana e a democratização da sociedade através da Jurisdição.

Portanto, ressalvada a importância de Büllow, da escola pandectista e da processualística dogmática de modo geral para a ciência processual, a idéia de declínio do direito processual como algo “científico-em-si-mesmo” aflora com a consciência de inoperância prática da jurisdição, não devido a uma inefetividade para tutelar o direito substancial³⁹⁴ mas, principalmente, da falácia jurisdicional como instrumento de transformação da realidade social, posto que esta *não se concentra nas arbitrariedades do Poder Executivo ou na omissão do Poder Legislativo, mas no emperramento do Poder Judiciário*³⁹⁵, preso que está a dogmas como o da neutralidade do processo civil e mesmo o da separação dos poderes na sua concepção clássica.

Conforme adverte Ovídio A. Baptista da Silva, na verdade o que se pode dizer em crise não é o direito processual como instrumento de resolução dos conflitos sociais, mas sim a forma tradicional-dogmática de se encarar o processo, razão pela qual afirma que o jurista que pretenda investigar esta questão, *ver-se-á forçado a abandonar o campo de sua especialidade, para aventurar-se nos domínios insondáveis da ciência política*³⁹⁶, o que possibilita o caminhar do direito processual a uma dinamicidade prospectiva e transformadora

³⁹⁴ “A redescoberta, quase sempre penosa, da relação entre direito material e processo fez com que ressurgissem as *ações de direito material*, através do que a doutrina italiana denomina “tutela differenziata”, pondo à mostra o colossal equívoco que a ciência processual cometera, ao imaginar que a cada direito não haveria de corresponder uma ação (de direito material)” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 172-173)

³⁹⁵ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do direito processual brasileiro: Das Origens Lusas à Escola Crítica do Processo*. Barueri: Manole, 2002, p. 15.

³⁹⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Democracia moderna e processo civil*. In: *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 100.

da realidade social tendo por paradigma a promoção dos fins institucionais do Estado brasileiro e a (re)distribuição de riquezas de forma adequada.

2.3.1 Acesso à justiça e participação democrática

Com a promulgação da atual Constituição Federal brasileira altera-se não só a organização jurídico-política do Estado; também as finalidades da jurisdição e do processo³⁹⁷ passam a assumir uma função social e política, pois, conforme lição de José Alfredo de Oliveira Baracho, *a jurisdição tem incessante expansão, à proporção que o Estado passa a tutelar novos direitos e permite a criação de instrumentos processuais para torná-los possíveis e eficazes*³⁹⁸. Nesse ínterim, mais do que a vinculação dos poderes políticos à observância e concretização das normas constitucionais, a ordem democrática e social de direito deve disponibilizar aos cidadãos meios aptos a exigir, junto ao Poder Judiciário, a concretização e satisfação dos direitos e garantias fundamentais asseguradas em seu texto sem o que *os novos direitos econômicos e sociais passariam de meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores*.³⁹⁹ Por isso, Mauro Cappelletti e Bryant Garth afirmam não ser surpreendente que *o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que*

³⁹⁷ “Na medida em que se recupera a especificidade do jurídico através do *plus* normativo proporcionado pelo Estado Democrático de Direito, é necessária uma profunda reflexão sobre *os aspectos processuais do Direito*. Nesse sentido, Guerra Filho propõe o desenvolvimento de uma filosofia do processo, repensando a concepção tradicional sobre como se organiza o poder estatal, onde o processo adquire maior relevância no exercício das demais funções, além daquela judicial, enquanto esta última, ao mesmo tempo, passa a assumir um peso bem maior do que aquele que tradicionalmente se lhe atribui, na divisão e equilíbrio com as demais. Há que se ter claro nessa linha, *que a efetividade do processo constitui um direito fundamental*, estando Processo e Constituição intimamente relacionados”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 234)

³⁹⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 75.

³⁹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*. nº 37, ano 10, p. 38, jan./março.1985.

*a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.*⁴⁰⁰

Neste diapasão, a Constituição Federal consagrou a garantia de amplo acesso à Justiça⁴⁰¹ como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV)⁴⁰². Boaventura de Sousa Santos preleciona que *o tema de acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdades sócio-econômicas*⁴⁰³, pois o acesso à justiça, ainda na lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos*⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 11.

⁴⁰¹ O acesso à ordem jurídica efetiva é denominada por Kazuo Watanabe “acesso à ordem jurídica justa”, conforme seus ensinamentos: 1. A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*. 2. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova *postura mental*. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela *perspectiva do consumidor*, ou seja do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um *programa de reforma* como também um *método de pensamento*, como com acerto acentua Mauro Cappelletti. Hoje, lamentavelmente, a perspectiva que prevalece é a do Estado, quando não do ocupante temporário do poder, pois, como bem ressaltam os cientistas políticos, o direito vem sendo utilizado como instrumento de governo para a realização de metas e projetos econômicos. A ética que predomina é a da eficiência técnica, e não da equidade e do bem-estar da coletividade. 3. Há que se preocupar, outrossim, com o direito substancial, que, sobre ser ajustado à realidade social, deve ser interpretado e aplicado de modo concreto. Já se disse alhures que, para a aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à Justiça, pois assim se evitaria o cometimento de dupla injustiça. (WATANABE, Kazuo. (Coord.) *Acesso à Justiça a Sociedade Moderna. Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-129)

⁴⁰² A garantia constitucional do acesso à Justiça não constitui novidade, visto o direito à prestação jurisdicional ser expressamente consagrado a partir da Constituição Brasileira de 1946, mas constitui, sem dúvida, importante garantia fundamental assegurada pela Constituição Federal de 1988, haja vista a história recente relatar seu arbitrário tolhimento durante a ditadura militar. De fato, o famoso AI5 - Ato Institucional nº 5, de 13.12.1968 - determinou em art. 11, a exclusão da apreciação judicial de todos os atos praticados pelo Executivo de acordo com o Ato Institucional referido e seus atos complementares; e a Emenda Constitucional de 1969 excluiu da apreciação judicial os atos em geral praticados pelo Governo Federal, bem como atos institucionais e atos complementares, entre outros. Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. Estudos de Direito Processual Civil*. Luiz Guilherme Marinoni (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 93.

⁴⁰³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*. nº 37, ano 10, p. 125, jan./março.1985.

⁴⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 12.

J.J. Calmon de Passos⁴⁰⁵ em congresso realizado nos albores da promulgação da Constituição da República, já afirmara estar-se caminhando para o processo como instrumento político de participação, de atuação política; o processo como instrumento de formulação e realização de direitos, não mais como simples meio para realização de direito já formulado previamente: *um misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo*, enfim, o processo como instrumento de proteção do indivíduo e da coletividade não só do agir *contra legem* do Estado, tal como pensado pela ideologia liberal do Estado “mínimo”, *mas de atribuir a ambos (indivíduo e coletividade) o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade*. Neste contexto, Rui Portanova faz menção ao que denomina princípio político, ou princípio participativo, que possibilita, através do processo, a participação democrática do cidadão na tomada de decisões políticas:

O princípio político oportuniza o estudo da questão essencial da democracia, que é a participação do cidadão, através do processo, para realização de seu direito individual e social. Assim, entende-se aqui como político o poder da parte de atuar no centro das decisões do Estado.

Neste campo é que se faz o debate do acesso facilitado ao Judiciário, de potencialidade do processo ser instrumento para contestar ações e omissões dos poderes do Estado (inclusive do próprio Poder Judiciário).

[...] O princípio político aguça o caráter instrumental do direito processual e coloca-o como elo de ligação entre a população e a satisfação de seus direitos, dá ao direito processual um marcante aspecto político. Sem dúvida, a evolução desse ramo do direito coincide com o aperfeiçoamento das instituições democráticas. Por isso, é possível acreditar, sem exageros, ser o direito processual importante dado para aquilatar o grau de aperfeiçoamento (democratização) do Estado de Direito (Caballero, 1998, p. 227)⁴⁰⁶.

Para Peter Häberle a participação democrática também ganha novas possibilidades através do direito processual:

O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar,

⁴⁰⁵ CALMON DE PASSOS, J.J.. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 95.

⁴⁰⁶ Rui Portanova preceitua que os princípios do processo civil são informados pelos princípios informativos ou formativos que separa em: princípio lógico, econômico, político, jurídico (que são denominados clássicos), acrescidos dos modernos princípios da instrumentalidade e da efetividade. Cf. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 31-32.

correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes *materialmente* afetadas (*atingidos*). A íntima relação contextual existente entre Constituição material e direito constitucional processual faz-se evidente também aqui.

Indubitavelmente a expansão da atividade jurisdicional da Corte Constitucional significa uma restrição do espaço de interpretação do legislador. Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria da Democracia⁴⁰⁷.

Cresce, por conseqüência, a importância do processo ao deixar de ser visto como simples meio de realização do direito positivado (posto pelo Estado através das leis) ou de afirmação de direitos pressupostos⁴⁰⁸, e passa a ser visto como instrumento de participação democrática, através do qual é possível a promoção da justiça social e, ainda, de transformação da realidade social através da concretização dos direitos constitucionais materiais e da (re)distribuição de bens e riquezas, o que se aufere, em especial com a efetivação dos direitos fundamentais a prestações sociais. Em suma, nas palavras de Rui Portanova:

Há sem dúvida complementariedade entre o princípio político (o cidadão participando no núcleo do Estado) e o escopo político. O princípio participativo permite que o cidadão atue no núcleo do Estado através do processo. O processo, dessa forma, cumpre sua finalidade de possibilitar ao cidadão a concretização dos direitos sociais que a ordem jurídica lhe prometeu⁴⁰⁹.

A nova ordem política instaurada no Brasil, assim, possibilita através da instrumentalidade do processo a necessária participação democrática em busca da concretização dos programas políticos de ação, que até então, como relatado pela história da trajetória nacional, não passaram de promessas políticas e utópicas diretrizes asseguradas nas

⁴⁰⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição* (contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p.48-49.

⁴⁰⁸ Sobre o direito pressuposto: GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros editores, 2000, p. 45-56.

⁴⁰⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 33-34.

Cartas Políticas brasileiras⁴¹⁰. O processo não apenas como mecanismo de realização dos direitos materiais mas verdadeiro instrumento posto à disposição da sociedade para reivindicação e concretização de ações e programas sociais, com vistas a dignificação da pessoa humana e inclusão social da classe desfavorecida. O processo como verdadeiro instrumento da democracia substancial.

⁴¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7ª ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2003, p. 284.

3 PRÁXIS JUDICIAL PROSPECTIVA E TRANSFORMAÇÃO DA REALIDADE SOCIAL

3.1 Globalização e políticas neoliberais no Brasil

A trajetória histórica e cultural brasileira iniciada com o colonialismo⁴¹¹ conjugada com a sucessiva irrealização das cartas constitucionais e ilegitimidade de regimes políticos e governos existentes no Brasil⁴¹², são as principais causas da imensa desigualdade sócio-cultural existente nos dias atuais. São 42,6 milhões de brasileiros vivendo na miséria, abaixo da linha da pobreza.⁴¹³ Além de fatores internos, a crise é agravada com a era da globalização ou mundialização do capital, que passa a ditar as regras da economia nacional e a distancia dos objetivos assumidos pelo Estado brasileiro com o pacto social de 1988.⁴¹⁴

Os efeitos nocivos da globalização no Brasil são evidentes. Maria José Galleno de Souza Oliveira⁴¹⁵, discorrendo sobre o que denomina *globalização da pobreza* nos países latino-americanos, elenca as políticas neoliberais impostas como condição para renegociação das dívidas externas e assumidas pelos Estados “periféricos” no denominado

⁴¹¹ “Desafortunadamente, no Brasil – dado aos desvios históricos da propriedade, que, marginalizando a maioria da população, sempre se concentrou nas mãos de poucos, desde os tempos das Capitâneas Hereditárias, passando pelo coronelismo regional, até os nossos dias, quando essa mesma elite continua encastelada no Poder, legislando, na maioria das vezes, em seu próprio interesse -, a lei que comanda a área econômica, principalmente a que dispõe sobre a licitação com empreiteiras, bancos, subsídios industriais e rurais e, também, sobre a utilização da propriedade rural, deve ser tida por suspeita e merece exame atento de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, debaixo da cláusula do substantivo processo legal”. (SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal: Due process of Law*). Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 127).

⁴¹² BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7ª ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2003, p. 284.

⁴¹³ Segundo dados do Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e fixada em R\$ 121,00 de renda per capita. (Fonte: Jornal Folha de Londrina, Caderno Economia, edição de 23/09/2006, p. 1).

⁴¹⁴ Também a análise de João Paulo Allain Teixeira: “No âmbito de países periféricos, a situação mostra-se ainda mais delicada, já que a promoção da cidadania e dos direitos fundamentais depende decisivamente da ação estatal e da implementação de políticas públicas capazes de promover o desenvolvimento social. Assim, o Estado se vê em uma situação de “autonomia negativa e crescente dependência”, pois com grande frequência a implementação de suas políticas depende de aproximações nem sempre democráticas com as forças que orientam o Mercado” (TEIXEIRA, João Paulo Allain. No rastro da crise contemporânea: por um novo modelo de articulação entre Estado e Mercado. *Revista da ESMape*. vol. 10, n. 22, Recife: p. 242, jul./dez.2005).

⁴¹⁵ OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. A Globalização da Pobreza: impactos das políticas sociais do Estado Neoliberal nas democracias dos países latino-americanos. *Revista da Faculdade de Direito*. vol. 99, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004, p. 467.

*Consenso de Washington*⁴¹⁶, políticas consideradas pela autora como um dos fatores responsáveis pelo aumento da exclusão social e da pobreza em fins do século XX nos países periféricos, como o Brasil: a) Abertura das economias nacionais aos mercados mundiais e adequação dos preços internos aos preços internacionais; b) Priorização das exportações; c) Políticas monetárias e fiscais voltadas para a redução da inflação e da dívida pública; d) Constante vigilância sobre a balança de pagamentos; e) Sistema normativo claro e inviolável sobre os direitos de propriedade privada; f) Privatização do setor empresarial estatal; g) Estabilização dos preços e política de juros altos; h) Interferência mínima do Estado na economia; h) Redução do peso das políticas sociais no orçamento do Estado.

Com isso, tem início inúmeras alterações sofridas pelo texto constitucional brasileiro durante a década de 90 do século passado, de forma a adequar o sistema jurídico-político do país às políticas do neoliberalismo, a maioria fruto de condições impostas pelo Mercado (Fundo Monetário Internacional - FMI, Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento)⁴¹⁷, como forma de auferir investimentos financeiros estrangeiros.⁴¹⁸

⁴¹⁶ “Foi no chamado *Consenso de Washington*, reunião realizada em novembro de 1989, que o Brasil e demais da América Latina aderiram a este movimento e às diretrizes impostas pelo Banco Mundial, FMI (Fundo Monetário Internacional) e Banco Interamericano de Desenvolvimento”. (DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico: Globalização & Constitucionalismo*. 1ª ed., 3ª tir., 2003, Curitiba: Juruá, p. 133).

⁴¹⁷ O fato é relatado por Maria José Galleno de Souza Oliveira: “Nos países periféricos, principalmente os latino-americanos, a globalização tornou-se uma obrigação imposta pelas grandes potências econômicas mundiais, através do processo de estruturação desenvolvido pelo Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial”. (OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. *A Globalização da Pobreza: impactos das políticas sociais do Estado Neoliberal nas democracias dos países latino-americanos*. *Revista da Faculdade de Direito*. vol. 99, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004, p. 466). E também por Íris Marion Young ao analisar propostas de Habermas para Europa como centro da *esfera pública global – o Núcleo-Europa*: “Os fóruns propostos por Habermas para a Europa poderiam mostrar a sua influência contra a perigosa visão unilateral imposta atualmente pela política externa norte-americana e que tende a privilegiar o Norte global de dominar o Sul global. A estrutura do Conselho de Segurança das Nações Unidas privilegia os cinco países sócios permanentes. As constituições do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial dão mais poder e influência aos países ricos do que aos pobres que a eles recorrem. Muitos povos do Hemisfério Sul sofrem as conseqüências de uma esmagadora dívida externa e a coerção microeconômica impostas por algumas dessas instituições internacionais, em nome da responsabilidade fiscal e da estabilização de mercados em moeda corrente. Um projeto destinado à ampliação da democracia cosmopolita não deveria perguntar-se sobre como reformar ou abolir tais instituições?” (YOUNG, Iris Marion. *Descentralizando o Projeto de Democracia Global (Decentralizing the Project of global democracy)*. Tradução: Amós Nascimento. In: *Impulso: revista de ciências sociais e humanas (journal of social sciences and humanities)* vol. 14, nº 35. Piracicaba: Unimep, p. 117, set./dez.2003).

⁴¹⁸ Conforme demonstra Nader Ali Jezzini: “Não dúvida de que o estilo de estabilização iniciado na América Latina, no início dos anos 90, não teria sido possível sem esse forte ingresso de capitais, o que permitiu congelar ou estabilizar as taxas nominais de câmbio. Com o câmbio nominal fixo ou em processo de crescente valorização ocorreu, em todos os casos, uma forte deteriorização da balança comercial e concomitantemente o retrocesso da

Destaca-se: a primeira transformação substancial da ordem econômica ocorre com a abertura da economia nacional ao capital estrangeiro (EC nº 6, de 15.8.95); seguida da chamada flexibilização dos monopólios estatais (EC nº 5, de 15.8.95) e a terceira, sem alteração do texto constitucional, com as privatizações das empresas estatais (Lei nº 8.031, de 12.04.90).⁴¹⁹

Observa-se, com isso, a partir da era da globalização e privatizações crescente evasão dos recursos públicos destinados ao atendimento de demandas sociais e inclusão social da classe desfavorecida, com contingenciamento orçamentário para atender as políticas monetárias e fiscais ditadas por organismos internacionais como Fundo Monetário Internacional – FMI - e Banco Mundial, com re-alocação e destinação dos recursos públicos para redução da inflação e da dívida pública⁴²⁰, pois conforme alerta Eduardo Appio, *a afirmação de que agentes econômicos tencionam a redução do Estado brasileiro é só parcialmente verdadeira quando se considera que a redução do Estado prestacional não corresponde à redução de sua voracidade fiscal.*⁴²¹ Constatado ainda que nunca os contribuintes pagaram tantos impostos e contribuições federais como em 2006: R\$ 392,542 bilhões.⁴²²

A crise é agravada com a imposição de política de juros altos e interferência mínima do Estado na economia, o que faz aumentar as desigualdades regionais e sociais e a exclusão das classes menos favorecidas, posto que políticas econômicas e sociais caminham

parcela desprezível da indústria doméstica”. (JEZZINI, Nader Ali. *Globalização e seus impactos sociais*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 83).

⁴¹⁹ As reformas são tratadas mais pormenorizadamente por BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição Brasileira de 1988. in: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, esp. p. 20-22.

⁴²⁰ “Além do mais, as exigências do Fundo Monetário Internacional, como as privatizações de instituições importantes para a nação, fez com que o país obtivesse recursos de moeda forte no país porém, está o transformando em um Estado mais vulnerável às políticas externas. O ajuste fiscal proposto pelo governo como também as reformas tributárias a serem votadas pelo congresso nacional, talvez sejam uma maneira para segurar a economia nacional. É de se estranhar o governos propor de uma certa maneira até tardia, o incentivo às exportações, o que já deveria ter feito de uma maneira muito mais agressiva e dado maiores facilidades ao empresariado nacional”. (JEZZINI, Nader Ali. *Globalização e seus impactos sociais*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 84).

⁴²¹ APPIO, Eduardo. *Discrecionabilidade Política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 88-89.

⁴²² Fonte: Folha de Londrina, caderno economia, 19 de janeiro de 2007, p. 1.

juntas⁴²³, são indissociáveis e imprescindíveis no processo de inclusão social dos desfavorecidos⁴²⁴. O neoliberalismo impõe, assim, ratificação às ideologias do capitalismo, à economia de mercado e ao individualismo, o que faz agravar mazelas como o aumento das desigualdades sociais e regionais, e renascer questões debatidas após a consolidação do Estado Liberal burguês por teóricos como Marx e Engels⁴²⁵ e mesmo a teorização de um novo contrato social⁴²⁶ - antes mesmo que determinadas diretrizes sociais imprescindíveis para a autodeterminação de grande maioria de cidadãos excluídos e marginalizados tenham se efetivado no Brasil. Na lição de Paulo Bonavides⁴²⁷, o Estado brasileiro chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal (pré-moderno) e nem moderno (social), chega à pós-modernidade atrasado e com pressa.

Na pós-modernidade atua-se, porém, em uma dimensão global, o que distancia ainda mais o foco do problema (aumento da pobreza nos países periféricos) de sua causa (a imposição de políticas (neo)liberais pelos detentores do poder econômico), posto que o poder de gestão e controle do Estado passa por sinais de enfraquecimento ao sofrer

⁴²³ Sobre o assunto: RIGAUDIAT, Jacques. À propos d'un fait social majeur: la montée des précarités et des insécurités sociales et économiques. *Droit Social*. n° 3, Paris, p. 243-261, mars.2005.

⁴²⁴ Cf. Daniel Sarmiento: "Sob o impacto da globalização, o Estado se debilita, na medida em que vai perdendo o domínio sobre as variáveis que influem na sua economia. Deteriora-se a sua capacidade de formulação e implementação de políticas públicas, de regulamentação e fiscalização do seu mercado interno, e com isso o seu poder de garantir a eficácia dos direitos sociais. [...] O mercado, alforriado dos mecanismos estatais regulatórios e compensatórios que o cingiam, torna-se o ambiente propício para o mais violento darwinismo social, onde o mais fraco (leia-se o mais pobre) é eliminado e excluído de todas as benesses da civilização". (SARMENTO, Daniel. *Direito sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional. Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 320).

⁴²⁵ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. São Paulo: Global, 1988.

⁴²⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

⁴²⁷ Nos dizeres de Paulo Bonavides: "O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos - e não entre certo e errado, justo e injusto -, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa". (BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro - pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 31).

diretamente influências de agentes internacionais e de grandes potências mundiais⁴²⁸. Neste diapasão, os compromissos do Estado brasileiro deslocam-se daqueles assumidos ao se implementar no Brasil uma democracia-social e passam a priorizar compromissos posteriormente assumidos com os organismos internacionais na implementação de políticas neoliberais⁴²⁹.

José Eduardo Faria ao analisar as tendências provocadas pela era da globalização da economia elenca dentre elas o aumento no ritmo de regressão tanto dos direitos sociais quanto dos direitos humanos, enfraquecidos em decorrência, e na mesma proporção e velocidade, em que o poder estatal foi comprometido pela relativização da soberania, implicando, conseqüentemente, uma redução ou rebaixamento qualitativo da própria cidadania, sendo que:

O mesmo acontece com os direitos sociais, cuja eficácia depende de orçamento em volume suficiente para financiar as políticas públicas necessárias à sua implementação. Esta é, como já foi dito antes, a condição *sine qua* de sua materialização (Santos: 1992, 1995, 2001). Concebidos para se concretizar basicamente por meio de políticas governamentais de caráter compensatório e distributivo, os direitos sociais também têm sido mortalmente atingidos pelos processos de desformalização, deslegalização e desconstitucionalização, pela desregulação do mercado de trabalho, pela abdicação de determinadas funções públicas do Estado via privatização de serviços essenciais, pela negação da idéia de justiça distributiva via ação fiscal e pelo crescente condicionamento de todas as esferas da vida pelos valores e regras do mercado, corroendo os fundamentos igualitários da própria democracia. Os princípios básicos e dos padrões morais inerentes aos direitos humanos e aos direitos sociais – como a dignidade, a igualdade, a solidariedade e a inclusão econômica, por exemplo – estão levando a

⁴²⁸ Conforme João Paulo Allain Teixeira: Assim, tem-se observado que, desde o final da década de 80, vêm ocorrendo mudanças significativas no contexto social mundial, a que alguns analistas vêm se referindo como “dissolução da modernidade” (Thielen, 1998: 19). Este processo tem como causa mais evidente um processo de transformação sofrido pela economia capitalista em que se verifica uma “passagem da exploração integrativa à excludente incapacidade de exploração da mão-de-obra” (Thielen, 1998:19). Como conseqüência, verifica-se o predomínio dos princípios que informam o Mercado e a diminuição da força do Estado como instância reguladora. [...] Com isso, aponta-se o processo de destruição da política pelo Mercado comprometendo a realização da cidadania e da democracia em sociedades estatalmente organizadas”. (TEIXEIRA, João Paulo Allain. No rastro da crise contemporânea: por um novo modelo de articulação entre Estado e Mercado. *Revista da ESMape*. vol. 10, n. 22, Recife: p. 240-241, jul./dez.2005)

⁴²⁹ Não se pode descurar, contudo, que dentre as condições que devem estar preenchidas para se falar em globalização, André-Jean Arnaud enfoca: “Uma tendência generalizada em todo o mundo à democratização, à proteção dos direitos humanos, a um renovado interesse pelo Estado de Direito. O vínculo político com o que precede, está na preferência das econômicas liberais por Estados não-dirigistas, que se preocupam em desenvolver constituições e corpos de direito que assegurem o respeito da democracia e dos direitos humanos, e reforcem o poder dos juízes”. (ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: Lições de filosofia do direito e do Estado*. Tradução Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 14). Contudo, entende-se ser esta a contraposição benéfica para conter ou minimizar os efeitos nocivos causados pelas políticas neoliberais.

pior na colisão frontal com os imperativos categóricos da economia globalizada, como a produtividade, a competitividade e a acumulação levadas ao extremo⁴³⁰.

O Estado brasileiro ao adotar políticas neoliberais distancia-se dos objetivos assumidos e estratificados no pacto social de 1988, em especial nos arts. 1º e 3º da CF, perdendo, assim, a própria legitimidade de sua existência, posto que o Estado brasileiro não é um fim em si mesmo, mas simples meio para se alcançar a justiça social albergada no art. 3º da CF.⁴³¹ Paulo Bonavides, ao tratar dos arts. 1º a 3º da CF demonstra aberta adesão à legitimidade substancialista da jurisdição civil ao afirmar:

[...] cada regra jurídica ou ato normativo que colidir com a pauta de valores e princípios declinados naqueles artigos e no preâmbulo é absolutamente inconstitucional. A política de governo da globalização neoliberal, por exemplo. Sua aplicação elide a soberania, afeta a índole do regime, liquida a legitimidade do sistema.

É esse aspecto constitucional mais grave da ação governista ora em curso e exame, visto que toda ela estampa a nódoa da ofensa às diretrizes normativas das sobreditas disposições.

São tais disposições sem exceção de natureza principiológica inviolável. E em razão disso guiam sempre, em derradeiro sentido hermenêutico, o aplicador da lei. Figuram pois entre as mais relevantes e significativas no corpo da Constituição. Por onde, quem globalizar, desnacionalizar e desconstitucionalizar, lesando a soberania, ficará sujeito a ter os seus atos, assim na órbita interna como externa, passíveis de controle de constitucionalidade e, averiguada a procedência das arguições, declarados de todos nulos.

Se os nossos tribunais se capacitassem de que este é o caminho, de que esta é a hermenêutica, de que este é o espírito da Constituição, os erros da política alienante e entreguista não teriam sido tão trágicos nem provocado efeitos tão graves ao organismo da nação.⁴³²

Nesta perspectiva a Jurisdição, como uma das funções estatais, tem como finalidade a realização da justiça social⁴³³ e deve assumir, neste contexto, postura intervencionista (ou não-interpretativista)⁴³⁴ tendente a minimizar os efeitos nocivos da

⁴³⁰ FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos?* Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 113-114.

⁴³¹ Conforme lição de José Joaquim Gomes Canotilho: “[...] o problema da legitimidade da constituição dirigente concentra-se na questão da “justiça social” (distribuição de bens e direcção económica)”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 24).

⁴³² BONAVIDES, Paulo. A Globalização e a Soberania: aspectos constitucionais. *Debate sobre a Constituição de 1988*. FIOCCA, Demian. GRAU, Eros Roberto (Org.). São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 136.

⁴³³ Cf. PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social*: revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002, esp. p. 56-57.

⁴³⁴ No direito norte-americano a discussão em torno da atividade da Suprema Corte, a *judicial review* com base da 14ª Emenda, situa-se entre as denominadas correntes “interpretativista” (ou originalista) que tem por base a

globalização da economia em defesa da sociedade de massa e consumerista⁴³⁵, o que de forma alguma significa mera judicialização da política e das relações sociais ou a morte da política, conforme ressalta Lenio Luiz Streck⁴³⁶, mas antes, a própria legitimação da atividade jurisdicional a partir de sua vinculação à materialidade da Constituição Federal, uma atuação jurisdicional destinada ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos direitos fundamentais sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Carta Constitucional de 1988.

Certo é que a práxis jurisdicional não pode mais se ater à idéia um único poder soberano: o Estado Nacional. Com efeito, também o direito está implicado diretamente no processo de globalização e sofre influências do “poder invisível” do Mercado e da *lex mercatoria* contemporânea como se depreende da doutrina de André-Jean Arnaud⁴³⁷, sendo

intenção dos “pais fundadores” e o texto da Constituição norte-americana, e “não-interpretativista” (ou não-originalista), defensora de um maior ativismo dos juizes na construção do direito. Sobre o assunto obra coletiva: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de direito constitucional norte-americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁴³⁵ Ainda palavras de José Eduardo Faria: “Na medida em que as obrigações públicas são progressivamente reduzidas ao conceito geral de mercadoria e convertidas em negócios privados, em que o papel do consumidor de bens e serviços produzidos e/ou prestados pela iniciativa privada e, por fim, em que os titulares dos direitos sociais e dos direitos humanos de última geração são reduzidos aos simples papel de ‘clientes’, o acesso a serviços essenciais – como educação, saúde, previdência, energia elétrica, água, telefonia, etc. – passa a depender de contratos privados de compra e venda. E como este é um momento em que o emprego estável de qualidade na economia formal vai se reduzindo na mesma proporção em que aumentam o subemprego, a subcontratação, a terceirização, o trabalho informal, o trabalho sazonal, o trabalho por empreitada e o trabalho por conta própria sem qualquer proteção jurídica (OCDE: 1996; Eatwell: 1996; e Ferreira: 2001), quem está desempregado e/ou na informalidade tende naturalmente a ficar sem acesso ao mercado consumidor. Com isso, aqueles que não têm condições de comprar esses serviços básicos e aqueles que não têm como pagar por serviços já consumidos, ou seja, os “excluídos” e os inadimplentes no plano econômico, convertem-se também nos “sem-direitos” no plano jurídico, não mais parecendo como portadores de direitos subjetivos públicos”. (FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 114).

⁴³⁶ E ainda manifesta o autor “Quando clamo por um “intervencionismo substancialista”, refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo do Estado Social previsto na Constituição de 1988. Ou seja, como bem salienta Krell, “onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, *cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção de prestação dos serviços sociais básicos*”. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 160-161).

⁴³⁷ “Le Droit et lês institutions juridiques nécessitent d’être adaptées à la nouvelle forme d’interaction économique. Désengagement de l’État, dérégulations, privatisation des marches, développement d’un libre-marché internacional: tout cela contribue à promouvoir la *lex mercatoria* au détriment des Droits nationaux. Comme on l’a déjà relevé, des normes sont produites quotidiennement, qui assurent la promotion du libre-échange, s’imposent aux Droits nationaux, s’érigent hors des législations étatiques ou inter-étatique em un véritable droit internacional du commerce. Un Droit coutumier du commerce global se forme au quotidien. Les sociétés d’avocats se se transforment en conséquence; une jurisprudence, même, s’établit, le plus souvent fondée sur des négociation consécutives à des conflits qu’on ne porte plus devant les Cours. La *lex mercatoria*

esta verdadeiro paradigma a ser criticamente adotado no atual contexto jurídico-social.⁴³⁸ Não pode o Poder Judiciário ficar indiferente e inerte ao fenômeno da globalização e seus efeitos⁴³⁹, devendo, ao contrário, capacitar-se (e legitimar-se) para conter o agravamento das conseqüências nocivas já vivenciadas em países da América Latina, como o Brasil, com o aumento das desigualdades sócio-culturais, da marginalização e da classe dos excluídos sociais, fenômeno que se pode denominar, segundo expressão de Maria José Galleno de Souza Oliveira, de *globalização da pobreza*.⁴⁴⁰

contemporaine prend naissance en faisant un pied de nez aux droits étatiques”. (ARNAUD, André-Jean. De la Contractualisation Contemporaine du Droit ou le Droit Civil en Question dans la Pax Mercatoria. *Direito e poder*: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneo. TÓRRES, Heleno Taveira (Coord.). Barueri: Manole, 2005, p. 527).

⁴³⁸ Cf. ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização*: Lições de Filosofia do Direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3.

⁴³⁹ Conforme Lenio Luiz Streck: “[...] Não há dúvidas de que o fator preponderante na mudança no conceito de soberania estatal é a globalização. Junto com ela, a formação de blocos regionais. Veja-se, por exemplo a União Européia e as decorrências dos vários tratados que especificam, para além dos direitos estatais, as diretrizes econômicas que regem parte considerável dos interesses nacionais dos Estados-Membros. A globalização e suas conseqüências “pós-modernas” são, pois, uma realidade. Entretanto, isso não deve significar que Estados Nacionais como o Brasil, onde as promessas da modernidade continuam não cumpridas e onde o assim denominado *Welfare State* não passou de um simulacro, não possa ter autonomia para construir políticas públicas aptas a realizar a justiça social e os desígnios do pacto constituinte de 1986-1988. Defender o cumprimento do texto constitucional, mormente naquilo que ele tem de dirigente e compromissário, não significa defender a tese de uma país autárquico. A globalização excludente e o neoliberalismo que tantas vítimas têm feito em países periféricos não é a única realidade possível. Ou seja, não se pode olvidar que, junto com a globalização, vêm os ventos neoliberais, assentados em desregulamentações, desconstitucionalizações e reflexividades. *E tais desregulamentações – e suas derivações – colocam-se exatamente no contraponto dos direitos sociais fundamentais previstos na Constituição brasileira*. Dito de outro modo, as políticas neoliberais são absolutamente antitéticas ao texto da Constituição brasileira. Não é difícil perceber que, enquanto o neoliberalismo aponta para desregulamentação, a *Constituição brasileira nitidamente aponta para construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivistas, questão que exsurge claramente da dicção do art. 3º do texto magno*. Esse, aliás, é o conceito-chave do Estado Social, cujo papel “é o de promover a integração da sociedade nacional, ou seja ‘el proceso constantemente renovado de conversión de una pluralidad en una unidad sin perjuicio de la capacidad de autodeterminación de las partes’ (Manuel García-Pelayo). Integração esta que, no caso brasileiro, deve-se dar tanto no nível social quanto no econômico, com a transformação das estruturas econômicas e sociais. Conforme podemos depreender de seus princípios fundamentais, que consagram fins sociais e econômicos em fins jurídicos, a *Constituição de 1988 é voltada à transformação da realidade brasileira*”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. A constitucionalização do Direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. ANDRADE, André (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 24-25).

⁴⁴⁰ Ainda Jürgen Habermas demonstra o aumento crescente do desemprego e da marginalização devido ao efeitos neoliberais, inferindo a necessidade de se constituir instâncias supranacionais capazes de influir sobre o sistema global: “[...] Os Estados modernos, que vivem de tributos, só poderão ter ganhos com suas respectivas economias enquanto abrigarem “economias nacionais” sobre as quais ainda possam exercer influências por meios políticos. Com a desnacionalização da economia, em especial dos mercados financeiros e da própria produção industrial, e sobretudo em face dos mercados de trabalho globalizados e em expansão, os governos nacionais vêm-se compelidos agora a assumir cada vez mais o ônus de taxas crescentes de desemprego duradouro e a marginalização de uma minoria sempre mais numerosa, a fim de atingir a capacidade competitiva no cenário internacional. Caso o Estado social deva ser mantido ao menos em sua substância, e caso deva evitar a segmentação de uma subclasse, então é preciso constituir instâncias capazes de agir em um plano

3.2 A atual estruturação do Estado brasileiro

Devido ao impacto da globalização e das políticas neoliberais o direito público brasileiro sofre substanciais modificações. As mais significativas, e já sentidas no contexto social, dizem respeito à própria forma e estruturação do Estado brasileiro, ocorrida com a maciça privatização, concessões e permissões no tocante a empresas estatais prestadoras de serviços públicos. A Emenda Constitucional n° 19/98 modificou substancialmente a Administração Pública brasileira ao substituir o antigo modelo burocrático por um novo modelo gerencial. Também através desta alteração constitucional denominada “Emenda da Reforma Administrativa” vem a ser consagrado de forma explícita o princípio da eficiência administrativa no art. 37 da CF. Assim, discorre Adilson Abreu Dallari:

Na busca da maior eficiência, o Poder Público tem-se valido de métodos da iniciativa privada e, mais que isso, tem-se valido do concurso dos particulares, ampliando cada vez mais o campo das parcerias. O Estado moderno é menos um executante ou prestador de obras e serviços, e cada vez mais um formulador de políticas públicas, elegendo prioridades, buscando a melhor forma para atendê-las, estimulando as atividades econômicas dos particulares voltadas para a realização daquelas prioridades, sempre de maneira transparente e participativa, configurando o que já se convencionou chamar de “Estado Regulador”⁴⁴¹.

supranacional. Apenas os regimes de abrangência regional, tais como a União Européia, ainda poderiam influir sobre o sistema global, segundo uma política interna coordenada em âmbito global”. (HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 179-180). Todavia é preciso ressaltar que Habermas reafirmando seu procedimentalismo propõe, em *La Paix Perpétuelle – Lê Bicentenaire d’une Idée Kantienne* (1996), a construção de instâncias supranacionais como a ampliação da Assembléia Geral da ONU, com criação de um força militar própria (independente das grandes potências) e sua transformação em “uma espécie de Conselho Federal, repartindo suas competências com uma segunda câmara eleita possivelmente por sufrágio universal (aumentando assim a legitimidade de suas decisões); uma reforma do Conselho de Segurança, com a inclusão de novos membros e substituindo a unanimidade obrigatória dos membros permanentes por regras majoritárias apropriadas (inspirada em um modelo semelhante ao Conselho de ministros de Bruxelas); por fim uma atuação mais enfática da Corte Internacional de Haia, com a estruturação de mecanismos garantidores do cumprimento de suas decisões”. (MAIA, Antônio Cavalcanti. *Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia. Arquivos de direitos humanos*. Vol. 2, MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 68-69).

⁴⁴¹ DALLARI, Adilson Abreu; BRANCO, Adriano Murgel. *O financiamento de obras e serviços públicos*. São Paulo: Paz e terra, 2006, p. 48.

O Estado democrático brasileiro, originariamente criado para intervir na economia e promover a justiça social e o bem comum (art. 170, CF) – Estado Dirigente ou Intervencionista⁴⁴² - atualmente passa por um processo transformador voltado a estruturá-lo com um papel apenas gerencial de recursos públicos – Estado Gerente ou Regulador: um Estado mínimo e desburocratizado, descomprometido em relação à economia e mero regulador da prestação de serviços públicos⁴⁴³, ou seja, uma nova conotação de Estado Liberal⁴⁴⁴. O fato se dá, segundo Zygmunt Bauman, *devido à total e inexorável disseminação das regras do livre mercado e, sobretudo, ao livre movimento do capital e das finanças, a “economia” é progressivamente isentada do controle político*⁴⁴⁵. Fenômeno global, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz preleciona que a administração pública moderna deve justificar sua

⁴⁴² Conforme lição de José Joaquim Gomes Canotilho: “[...] o problema da legitimidade da constituição dirigente concentra-se na questão da “justiça social” (distribuição de bens e direcção económica)”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 24).

⁴⁴³ “O Estado, concomitantemente, vem sendo reformado para promover o descomprometimento público em relação à economia, por meio da privatização, liberalização e desregulação, buscando a substituição do Estado Intervencionista por um Estado Regulador. Com o Estado Regulador, o Estado deixa de prestar o serviço público monopolisticamente e passa a sua prestação, fiscalizando e garantindo a sua universalização. O Estado não deve ser mais o executor direto das atividades econômicas (inclusive os serviços públicos), mas apenas interfere indiretamente, regulando estas atividades”. (BERCOVICI, Gilberto. A “Reforma do Estado” no Brasil. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, p. 520, jan./jul.2005).

⁴⁴⁴ A definição de Estado Gerente é fornecida por Antonio Carlos Wolkmer, com coloração crítica: “Trata-se do Estado Liberal (Inglaterra, França, EUA, etc.), protótipo do humanismo idealista, do reformismo sócio-econômico, do pluralismo político e da democracia formal burguesa. Cabe perfeitamente, aqui, aquela imagem do “gerente” que zela pela boa harmonia e segurança de sua empresa. Igualmente, a função do Estado, como administrador do todo social objetiva representar a coletividade, buscando expressar o consenso, o resguardo constante da liberdade, a afirmação de independência e soberania, e, senão ainda, a proteção da Nação. [...] Ao contrario do que proclamam seus bajuladores, o Estado não é tão “bonzinho” assim. Nem sempre seu gerenciamento está a serviço das maiorias dominadas e oprimidas. Em regra, procura camuflar os conflitos e as correlações de forças sob a égide formal de um respeitável “Estado de Direito”. (WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1990, p. 37).

⁴⁴⁵ E continua o autor: “O que quer que restou da política, espera-se, deve ser tratado pelo Estado, como nos bons velhos tempos – mas o Estado não deve tocar em coisa alguma relacionada à vida econômica: qualquer tentativa nesse sentido enfrentaria imediata e furiosa punição dos mercados mundiais. A impotência econômica do Estado seria então mais uma vez flagrantemente exposta para horror da equipe governante. De acordo com os cálculos de René Passat, as transações financeiras intercambiais puramente especulativas alcançam um volume diário de US\$ 1,3 bilhão – cinquenta vezes mais que o volume de trocas comerciais e quase o mesmo que a soma das reservas de todos os “bancos centrais” do mundo, que é de US\$ 1,5 bilhão. “Nenhum Estado”, conclui Passat, “pode portanto resistir por mais de alguns dias às pressões especulativas dos ‘mercados’”. A única tarefa econômica permitida ao Estado e que se espera que ele assuma é a de garantir um “orçamento equilibrado”, policiando e controlando as pressões locais por intervenções estatísticas mais vigorosas na direção dos negócios e em defesa da população face às consequências mais sinistras da anarquia de mercado”. (BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 74).

existência na eficácia na prestação de serviços demandados pela sociedade e na eficiência na gestão dos recursos públicos.⁴⁴⁶

Com a desregulamentação e desburocratização do Estado também o *cidadão* assume nova feição; passa a ser considerado *usuário* (consumidor) de serviços públicos, conforme discorre Gilberto Becovici:

Sintomática do espírito da Reforma do Estado, ainda, foi a substituição, no texto constitucional, dos beneficiários com os serviços públicos: a coletividade foi substituída pelo usuário. O titular do direito de reclamação pela prestação dos serviços públicos (previsto no artigo 37, §3º da Constituição de 1988) foi alterado pela Emenda n. 19, passando da população em geral para o consumidor. O cidadão, com a “Reforma Gerencial”, é entendido apenas como cliente, como consumidor⁴⁴⁷.

A primeira vista, a reformulação do papel do Estado, com a descentralização e desburocratização estatal na gestão da coisa pública é fator positivo, uma vez que procura outorgar maior eficácia aos serviços públicos e (re)aproximar a sociedade civil do núcleo das decisões políticas, possibilitando uma maior participação popular na execução e fiscalização de políticas públicas.⁴⁴⁸ Acarretam, todavia, incongruências na atuação do Poder Público: de um lado, a existência da Administração Pública encarregada de formular e planejar as políticas públicas; de outro, as empresas privadas encarregadas da prestação dos serviços públicos. Isso contraria, nos dizeres de Gilberto Becovici, a própria lógica das políticas públicas, *que é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, ou seja, por meio dos serviços públicos. Política pública e*

⁴⁴⁶ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Sobre las últimas reformas administrativas en Espana. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Vol. 1, Milano: Giuffrè, 2000, p. 213.

⁴⁴⁷ BERCOVICI, Gilberto. A “Reforma do Estado” no Brasil. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, p. 524, jan./jul.2005.

⁴⁴⁸ Sobre o assunto: BAGGIO, Roberta Camineiro. Republicanismo e federalismo social: perspectivas de efetivação dos direitos fundamentais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. Porto Alegre, vol. 28, n. 60, p. 131, jul./dez.2004. Também Leonardo Avritzer e Sérgio Costa ao demonstrar a múltiplas a ambivalentes coincidências entre os ciclos de democratização e de reformas neoliberais, inferem que: “Do ponto de vista político, os processos de reforma do Estado, que impõem cortes orçamentários em áreas vitais, coincidem com programas efetivos de inovação institucional, capazes de dar transparência ao processo político e de abrir esferas do Estado à participação e à deliberação públicas”. (AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. *Teoria Crítica, Democracia e Esfera Pública: concepções e usos na América Latina*. *Dados: Revista de Ciências Sociais*. vol. 47, nº 4, Rio de Janeiro: 2004, p. 72)

*serviço público estão interligados, não podem ser separados, sob pena de esvaziarmos o seu significado*⁴⁴⁹.

Por outro lado, conforme leciona Juarez Freitas⁴⁵⁰, mesmo após as emendas constitucionais que atribuíram ao Estado brasileiro nova roupagem, continua a vigor o *princípio da intervenção essencial do Estado*, através do qual não pode o Estado se eximir do cumprimento de suas funções institucionais primordiais, o que, em síntese, se depreende implicitamente do texto constitucional: a) os serviços públicos essenciais para a realização dos objetivos fundamentais do Estado democrático de direito são de titularidade do Poder Público, nos termos do art. 175, da CF, ainda que delegável a execução desses serviços através de concessões e permissões. Assim, qualquer tentativa de renúncia aos seus deveres estatais é fulminada de inconstitucionalidade substancial; b) por imposição do art. 174, CF, o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica deve exercer função de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado; c) nos termos do art. 173, *caput*, CF, o Estado (apenas) deve atuar nas atividades de exploração econômica por relevante interesse coletivo o segurança nacional; d) devido ao *princípio da irrenunciabilidade de titularidade da prestação dos serviços públicos*, afirma-se a existência de três sentidos para a privatização: i) o sentido legal (Lei 8.031/90) que significa a conversão de uma empresa paraestatal em empresa privada; ii) um sentido mais abrangente que significa a lícita transferência da execução dos serviços públicos a terceiros; iii) um sentido inconstitucional, quando o Estado pretende renunciar a titularidade do serviço público através da delegação, por violação do art. 175, CF; e) deve haver constante preocupação na defesa e proteção do consumidor, visto a sua presumida vulnerabilidade e a própria essencialidade dos serviços públicos prestados (art. 170, V, CF).

⁴⁴⁹ BERCOVICI, Gilberto. A “Reforma do Estado” no Brasil. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, p. 524, jan./jul.2005.

⁴⁵⁰ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 89-92.

Pois bem. Neste sentido é possível falar que a constituição dirigente não morreu!⁴⁵¹ Ademais, é da própria gênese do Estado democrático-social que ele não seja máximo, tampouco mínimo. Certamente, porém, o desafio está no encontro de formas que permitam a concretização dos direitos fundamentais ainda não efetivados, em especial os de cunho social necessários à autodeterminação e para existência digna dos cidadãos, conjugadas com a busca do pleno emprego e com o desenvolvimento econômico e social do país, com vistas à possibilitar o efetivo exercício da cidadania e a democratização da sociedade brasileira. Um desafio que, sob pena de não passar de utópico, requer a adoção de posturas éticas, compromissadas e inter-relacionadas entre autoridades públicas e sociedade civil.⁴⁵²

Entende-se possível tal intento através da maior participação democrática do cidadão na elaboração e fiscalização de decisões políticas, seara na qual entende-se seja o processo civil e a adoção de uma postura crítica pela Jurisdição um amplo canal dialético entre os anseios e valores disseminados na sociedade e o núcleo decisório das políticas públicas.⁴⁵³

⁴⁵¹ Locução de José Joaquim Gomes Canotilho tornada célere, amplamente debatida por Lenio Luiz Streck (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. A constitucionalização do Direito: a Constituição como lócus da hermenêutica jurídica*. ANDRADE, André (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; e recentemente replicada em CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Estado Adjetivo e a Teoria da Constituição. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n° 5, Belo Horizonte: Del Rey, p. 152, jan./jul.2005)

⁴⁵² Conforme Gabriel Chalita: “Compreendendo-se e aceitando-se variações decorrentes de componentes ligados à preservação, prioridades momentâneas e adequações culturais, o homem quer, para si mesmo e seu grupo mais próximo, a integridade, o respeito, a unidade e a solidariedade. Esse, basicamente, é o papel do Poder Legislativo, que precisa trabalhar para suprir a comunidade de leis de âmbito e abrangência coletivos, que também atendam aos interesses individuais. [...] Enfim, urge que a ética seja estabelecida em nosso sistema político. Urge que governantes e governados empreendam esforços para se estabelecer a democracia real e não a formal. Por melhores e mais precisas que sejam as leis, elas nunca serão suficientemente abrangentes para cobrir de maneira plena os vícios do anticidadão. O sistema poderá estar, à medida do possível, perfeito, mas estará sempre à mercê da grandeza do cidadão, para quem o direito foi feito”. (CHALITA, Gabriel. *Ética dos governantes e dos governados*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 126 e 143).

⁴⁵³ Transcreve-se, neste contexto, lição de Norberto Bobbio: “Uma vez conquistado o direito à participação política, o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a esfera política está por sua vez incluída numa esfera muito mais ampla, a esfera da sociedade em seu conjunto, e que não existe decisão política que não esteja condicionada ou inclusive determinada por aquilo que acontece na sociedade civil. Portanto, uma coisa é a democratização da direção política, o que ocorreu com a instituição dos parlamentos, outra coisa é a democratização da sociedade. Em conseqüência, pode muito bem existir um Estado democrático numa sociedade em que a maior parte das instituições da família à escola, da empresa aos serviços públicos, não são governados democraticamente. Daí a pergunta que melhor do que qualquer outra caracteriza a atual fase de desenvolvimento da democracia nos países politicamente mais democráticos: “É possível a sobrevivência de um Estado democrático numa sociedade não democrática?” Pergunta que também pode ser formulada desse modo: “A

3.3 O papel político da Jurisdição

O maior ativismo do juiz frente a questões políticas gera sensíveis questionamentos acerca da legitimidade destas decisões, centradas na possibilidade de o juiz, não eleito pelo sistema representativo, imiscuir-se em questões tradicionalmente afeitas aos poderes legitimamente eleitos pelo sufrágio.⁴⁵⁴ Nessas situações a práxis jurisdicional é normalmente referida como “contramajoritária”, pois através dela *órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular*.⁴⁵⁵ Com efeito, conforme pensamento iluminista de Jean-Jacques Rousseau, a superioridade da lei deriva do fato de ela ser expressão da vontade geral.⁴⁵⁶ Francis Hamon, Michel Troper e Georges Burdeau afirmam, nessa ótica, que *todo constituinte deveria, portanto, escolher e renunciar seja à supremacia da constituição, seja à democracia*.⁴⁵⁷

Todavia Alexandre de Moraes alerta que:

A lei enquanto obra do legislador e expressão da vontade soberana do povo, que consiste em tradição do século XIX, tornou-se mera ficção, pois seja em virtude da flagrante crise da Democracia representativa, seja pelo fortalecimento do poder

democracia política foi e é até agora necessária para que um povo não seja governado despoticamente. Mas é também suficiente?” Até ontem ou anteontem, quando se queria dar uma prova de desenvolvimento da democracia num dado país, tomava-se como índice a extensão dos direitos políticos, do sufrágio restrito ao sufrágio universal; mas sob este aspecto todo desenvolvimento ulterior não é mais possível depois que o sufrágio foi em quase toda parte estendido às mulheres e em alguns países, como a Itália, o limite de idade foi diminuído para dezoito anos. Hoje, quem deseja ter um indicador do desenvolvimento democrático de um país deve considerar não mais o número de pessoas que têm direito de votar, mas o número de instâncias diversas daquelas tradicionalmente políticas nas quais se exerce o direito de voto. Em outros termos, quem deseja dar um juízo sobre o desenvolvimento da democracia num dado país deve pôr-se não mais a pergunta “Quem vota?”, mas “Onde se vota?””. (BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 12ª ed., tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 156-157).

⁴⁵⁴ Sobre assunto: AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. Temais dos Direitos Fundamentais*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 95-116.

⁴⁵⁵ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 61, jul./dez.2004.

⁴⁵⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os pensadores*. Vol. II. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

⁴⁵⁷ HAMON, Francis; TROPER, MICHEL; BURDEAU, Georges. *Direito Constitucional*. Tradução Carlos Souza. 27ª ed., Barueri: Manole, 2005, p. 59.

político dos grupos de pressão, a lei não necessariamente representa o povo e, por muitas vezes, desrespeita princípios e direitos fundamentais básicos, com a finalidade de favorecimento de alguns poucos, mas poderosos, grupos de pressão⁴⁵⁸.

A questão não é nova, como se depreende já da lição de Thomas Cooley.⁴⁵⁹

Contudo, ganha novas dimensões na atualidade quando o debate deixa de se circunscrever à lei – legitimidade decorrente da expressão legislativa da soberania popular - e passa a gravitar em torno da legitimidade democrática da jurisdição para exercer controle das políticas públicas – legitimidade decorrente da realização de finalidades coletivas a serem concretizadas programaticamente.⁴⁶⁰ Não por outra razão a doutrina, a exemplo de Ana Paula de Barcellos⁴⁶¹, propõe a construção dogmática do controle de políticas públicas, pautada em critérios objetivos.

Como sabido, a concretização de grande parte dos direitos fundamentais, em especial os denominados direitos sociais prestacionais, depende da elaboração e implementação maciça e continuada de políticas públicas na área econômica e social. Neste diapasão, cita-se entendimento de Alexandre de Moraes pela necessidade de haver complementaridade entre democracia, consubstanciada no governo da maioria, e Estado de

⁴⁵⁸ MORAES, Alexandre. Legitimidade da Justiça Constitucional. *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. MARTINS, Ives Granda da Silva (Coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 559.

⁴⁵⁹ Nos Estados Unidos, país de tradição anglo-saxônica e que adota o sistema da “common law”, o maior ativismo dos juízes é ínsito ao sistema, estando aí o nascedouro do controle de constitucionalidade das leis. Destaca-se passagem de Thomas Cooley: “[...] Mas onde, como na América, a legislatura age em virtude de uma autoridade delegada, limitada pela própria Constituição, e o poder judiciário tem força para declarar a legitimidade de uma lei, uma disposição inconstitucional forçosamente decairá quando como tal for reconhecida pelos tribunais a cujo exame for submetida. Semelhante disposição rigorosamente não é uma lei, porque não estabelece regra alguma; é meramente uma fútil tentativa para estabelecer uma lei”. (COOLEY, Thomas MacIntyre. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Tradução de Alcides Cruz. 2ª ed., reprodução fac-similar parcial da ed. de 1909, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 23). Na lição de Manuel García-Pelayo: “Se la puede asignar una fecha de nacimiento precisa: la de 1803, en que, con ocasión del caso *Mabury v. Madison* (1, *Granch*, 137), el Tribunal Supremo, por boca de su famoso presidente Marshall, y mediante un razonamiento exclusivamente lógico y sin referencia a ningún precedente o autoridad, establece los fundamentos en virtud de los cuales corresponde a la Judicatura decidir sobre la constitucionalidad de las leyes. Como todo lo que se ha hecho después no ha sido más que el desarrollo y complementación de esta doctrina [...]”. (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p. 421-422).

⁴⁶⁰ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 737, p. 17, mar.1997.

⁴⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Disponível na internet: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/artigo%20controle%20pol%EDticas%20p%FAblicas.pdf>. Acesso em 22/08/2006.

Direito, este manifestado pela consagração da supremacia constitucional, e, assim, pela legitimidade da Justiça Constitucional como forma de instrumentalizar a proteção dos preceitos constitucionais e direitos fundamentais e do controle jurisdicional do poder constituído, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, para proteger o direito das minorias⁴⁶².

Erhard Denninger sintetiza a necessidade de atuação judicial, em última instância, na proteção dos direitos das minorias socialmente excluídas e grupos desprivilegiados através da efetiva concretização dos direitos fundamentais:

A forma pela qual a jurisdição constitucional utiliza a competência que lhe foi conferida é essencial para o desenvolvimento da “Constituição vivida” (gelebte Verfassung), da “Constituição real” (reale Verfassung), sobretudo para a efetiva concretização dos direitos da cidadania. A efetividade da proteção dos direitos fundamentais para as minorias socialmente discriminadas e grupos não-privilegiados depende em última instância da atuação do Poder Judiciário⁴⁶³.

No Brasil, o ativismo político da Jurisdição deve alicerçar-se nos princípios e direitos fundamentais e no art. 3º da CF, dispositivo constitucional que fixa os objetivos e diretrizes a serem alcançadas e concretizadas pelo Estado brasileiro, pois ante a falha e omissão dos poderes tradicionalmente criados para consecução de tais objetivos, *resta a atividade do Poder Judiciário para conferir eficácia forçada à política social determinada no art. 3º, da CF*⁴⁶⁴. O papel do Poder Judiciário é, em qualquer hipótese, substitutivo e subsidiário, porém como afirma Juan Carlos Hitters, “*definitivamente, é a democracia um modo de governo que se caracteriza pela participação do povo*”, e este não está ausente – muito pelo contrário – nas reivindicações judiciais.⁴⁶⁵

⁴⁶² MORAES, Alexandre. Legitimidade da Justiça Constitucional. *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. MARTINS, Ives Granda da Silva (Coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 562.

⁴⁶³ DENNINGER, Erhard. *Staatsrecht*. Reinbeck bei Hamburg, 1973, p. 27. Apud: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2ª ed., Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 33.

⁴⁶⁴ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002, p. 62.

⁴⁶⁵ Tradução livre: “*En definitiva, es la democracia un modo de gobierno que se caracteriza por la participación del pueblo, y este no esta ausente – sino por el contrario – en los pedimentos judiciales*”. HITTERS, Juan Carlos. Legitimación democrática del poder judicial y control de constitucionalidad. In: *Participação e Processo*.

3.4 Políticas públicas e direito: um contexto interdisciplinar

As políticas públicas passam a interessar ao direito apenas a partir do surgimento do Estado Prestacional ou Social, quando o Estado assume o encargo de prestador de serviços públicos, e principalmente após a Segunda Guerra Mundial quando passa a intervir no domínio econômico⁴⁶⁶. Nos dizeres de Eros Roberto Grau: *deixa o Estado, desde então, de intervir na ordem social exclusivamente como produtor do Direito e realizador de segurança, passando a desenvolver novas formas de atuação, para o que faz uso do Direito positivo como instrumento de implementação de políticas públicas*⁴⁶⁷.

Políticas públicas representam opções feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo, com base no poder discricionário, em elaborar e executar determinado plano ou programa de governo (em detrimento de outros) visando um objetivo determinado, nas palavras de Marília Lourido dos Santos: *A adoção de certa política pública “representa o processo político de escolha de prioridades para o governo”, por meio de programas de ação para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo determinado ou não*⁴⁶⁸.

Fábio Konder Comparato⁴⁶⁹ bem ressalta a importância contemporânea de Ronald Dworkin sobre o assunto. Dworkin cuida da elaboração técnica da noção de política, contrapondo-a a noção de princípios:

Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 225.

⁴⁶⁶ SANTOS, Marília Lourido dos. Política pública (econômicas) e controle. *Revista Cidadania e Justiça*. Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 6, n° 12, p. 140, 2° Semestre/2002.

⁴⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 19.

⁴⁶⁸ SANTOS, Marília Lourido dos. Política pública (econômicas) e controle. *Revista Cidadania e Justiça*. Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 6, n° 12, p. 142, 2° Semestre/2002.

⁴⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 737, p. 18, mar.1997.

comunidade como um todo fique conseqüentemente pior. Os argumentos de princípio são baseados em direitos. Como a visão simples de que Direito e política são a mesma coisa ignora essa distinção, ela deixa de observar uma ressalva importante na proposição de que os juízes devem servir e realmente servem a suas próprias convicções políticas ao decidir o que é o Direito.⁴⁷⁰

Por políticas públicas entende-se o conjunto ordenado de normas e atos tendentes a realizar determinados objetivos⁴⁷¹ econômicos ou sociais. Assim, a política pública é composta de normas e atos, conjuntamente, destinados a determinada finalidade. Nos dizeres de Marília Lourido dos Santos a política pública *é noção mais ampla que a de um simples plano ou programa, porque envolve um processo de escolha de meios para a realização dos objetivos do governo.*⁴⁷² Na vigência de um Estado Constitucional estes “objetivos do governo”, contudo, não podem ser eleitos arbitrariamente, mas devem, impreterivelmente, serem destinados à concretização dos objetivos traçados pela Constituição Federal.

No caso brasileiro, tais objetivos são traçados prioritariamente pelo art. 3º da CF, entre os quais garantir o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, além de outros objetivos de políticas públicas dispersos em seu texto, como a busca do pleno emprego (art. 170), a política nacional da educação (art. 214), de assistência social (art. 203), de saúde (art. 196), de proteção integral à família, crianças e adolescentes, idosos e indígenas (art. 226 e seguintes), entre outros. Estes objetivos, preleciona Fábio Luis Franco e Antonio Darienso Martins, *são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado, assim como para todos aqueles detentores do poder econômico fora do Estado.*⁴⁷³

⁴⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martin Fontes, 2001, p. IX-X (introdução).

⁴⁷¹ Assim discorre Fábio Konder Comparato: “É que a política aprece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. (COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 737, p. 18, mar.1997.

⁴⁷² SANTOS, Marília Lourido dos. Política pública (econômicas) e controle. *Revista Cidadania e Justiça*. Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 6, n° 12, p. 140, 2º Semestre/2002.

⁴⁷³ FRANCO, Fábio Luis; MARTINS, Antonio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 135, ano 31, p. 39, maio.2006.

Desta feita, tanto os órgãos estatais quanto os organismos internacionais estão juridicamente vinculados aos objetivos traçados pela Constituição Federal do Brasil. Opera-se, assim, um deslocamento do papel exercido pela lei, oriunda do Poder Legislativo, para uma superposição das políticas públicas enquanto expressão máxima da soberania popular.⁴⁷⁴ O deslocamento ocorre, conforme dizeres de Ana Paula de Barcellos, devido ao fato de que somente através *das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ação para sua promoção.*⁴⁷⁵

Com efeito, na égide de um Estado Constitucional, a elaboração e concretização das políticas públicas, sejam de cunho econômico ou social, devem ser respaldadas nas normas constitucionais, tendo como finalidade a efetivação e concretização dos direitos, objetivos e diretrizes traçadas pela Constituição Federal, que no caso brasileiro estão inseridos, prioritariamente, nos arts. 1º e 3º da CF e nos direitos fundamentais.⁴⁷⁶

3.4.1 Vinculação orçamentária e controle

⁴⁷⁴ FRANCO, Fábio Luis; MARTINS, Antonio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 135, ano 31, p. 39, maio.2006.

⁴⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. In: http://www.lex.com.br/noticias/doutrinas/titulo_doutrina.asp. Acesso em 22/08/2006, p. 10.

⁴⁷⁶ Conforme discorre Gilberto Bercovici: “Um das críticas mais comuns feitas à concepção de Constituição Dirigente é a de o texto constitucional promover de tamanha de tamanha forma o dirigismo estatal, que estaria pretendendo substituir o processo de decisão política. A Constituição Dirigente não estabelece uma linha única de atuação para a política, reduzindo a direção política à execução dos preceitos constitucionais, ou seja, substitui a política. Pelo contrário, ela procura, antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para a política. O programa constitucional não tolhe a liberdade do legislador ou a discricionariedade do governo, nem impede a renovação da direção política e a confrontação partidária. Essa atividade de definição de linhas de direção política tornou-se o cumprimento dos fins que uma república democrática constitucional fixou em si mesma. Cabe ao governo selecionar e especificar sua atuação a partir dos fins constitucionais, indicando os meios ou instrumentos adequados para a sua realização. Desta forma, a Constituição dirigente não substitui a política, mas se torna a sua premissa material. (BERCOVICI, Gilberto. A “Reforma do Estado” no Brasil. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, p. 516, jan./jul.2005).

Toda e qualquer ação governamental, como a implementação de políticas públicas, envolve gastos de dinheiro público. Contudo, o dinheiro e recursos públicos são escassos e limitados, o que faz gerar inevitável tensão dialética entre a necessidade arrecadatória do Estado e as necessidades emanadas da dinâmica social. A arrecadação de recursos pelo Estado, como sabido, é obtida através do pagamento de tributos por toda a população, tributos estes regulados pelo sistema constitucional tributário. Contudo, as pessoas mais necessitadas de investimentos públicos são aquelas que, por óbvio, não possuem grande capacidade contributiva. Fernando Facury Scaff, analisando o assunto assim se manifesta:

Disso decorre a tensão: a sociedade busca o atendimento das necessidades sociais – e aqueles que possuem maior patrimônio e renda buscam afastar-se da responsabilidade social no cumprimento desses deveres. Aqueles se servem do Direito Financeiro; estes, do Direito Tributário. Imagina-se uma forte separação entre esses dois âmbitos, mas ela não existe, pois se trata duas faces da mesma moeda. Sem um não existe o outro. São antitéticos e complementares, devendo resultar em um equilíbrio que permita a convivência em sociedade. Que tipo de sociedade queremos é o ponto fundamental para esse equilíbrio.⁴⁷⁷

E a resposta à indagação supra feita por Fernando Facury Scaff: que tipo de sociedade queremos?⁴⁷⁸ Deve partir da própria Constituição Federal, sob pena de esvaziamento do significado deste pacto social, pois além de *ter* Constituição é preciso *estar* em Constituição, segundo Pablo Lucas Verdú.⁴⁷⁹ Com efeito, o preâmbulo da Constituição Federal, acrescido dos fins e objetivos do Estado democrático de direito, em especial a proteção da dignidade da pessoa humana (considerada *fundamento e fim* do Estado brasileiro)

⁴⁷⁷ SCAFF, Fernando Facury. O Jardim e a Praça ou a Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Tributário e Financeiro. *Direito e Poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Barueri: Manole, 2005, p. 549-550.

⁴⁷⁸ Ressalte-se que a questão é levantada por Ronald Dworkin no encerramento de “O império do direito” da seguinte forma: “[...] A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter”. (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 492).

⁴⁷⁹ “Em definitivo, uma Constituição afastada da realidade é muito distinta da *living Constitution* e/ou da *lebenden Verfassung*. Está vigente, mas no fundo é ignorada pelo comum das pessoas. Uma Constituição vivida é assim considerada, em grande parte, porque é sentida pelo povo e aparece como símbolo político que tem razão de ser em virtude de sua função integradora”. (VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 7).

e o mínimo existencial, a promoção da justiça social e dos direitos fundamentais, fornecem bases seguras para se traçar um ponto de equilíbrio entre as necessidades arrecadatórias do Estado e sua vinculação a políticas públicas eleitas, inclusive e prioritariamente, pela própria Constituição Federal.

A Carta Política brasileira prevê alocação de verbas públicas para concretização de determinados direitos sociais, os quais impreterivelmente “deveriam” (devem) ter prioridade nas escolhas governamentais de elaboração e implementação de políticas públicas. Assim, os gastos de dinheiro público “deveriam” (devem), prioritariamente, serem utilizados como forma de garantir os interesses públicos constitucionalmente elencados, condizentes com a proteção da dignidade da pessoa humana, incluído o mínimo existencial, e na efetivação de determinados direitos sociais a prestações materiais pelo Estado. Assim, na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴⁸⁰, direitos fundamentais como a saúde e a educação são exemplos de interesses públicos qualificados e hierarquizados aos quais o legislador não pode restringir e o administrador não pode se omitir no atendimento possível, isto é, um atendimento em conformidade com a realidade e que obedeça a prioridades expressas ou implícitas consignadas no texto constitucional.

Com efeito, a Constituição Federal vincula expressamente a utilização dos recursos públicos na concretização de alguns destes direitos sociais, como a saúde, a educação e a assistência social, ao prever que os recursos públicos obtidos pelo recolhimento das contribuições sociais⁴⁸¹ previstas no art. 195 da CF devem ser investidas no custeio da seguridade social, cujo objetivo é assegurar a efetivação dos direitos relativos à saúde,

⁴⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 36.

⁴⁸¹ Sobre o caráter vinculativo das contribuições Helenilson Cunha Pontes: “A efetiva aplicação dos recursos arrecadados no desempenho das atividades, que justificam o exercício da competência constitucional para instituir contribuições, constitui condição de validade da exigência desta espécie tributária, pois a mesma fundamenta-se constitucionalmente pela função que desempenha (de alteração da realidade social mediante a busca do atingimento de determinados objetivos). Logo, a efetiva aplicação dos recursos das contribuições nas atividades constitucionalmente validam a sua exigência é elemento que compõe a relação jurídico-tributária cujo objeto é o dever de recolher tais tributos. O eventual desvio na aplicação dos recursos não é mera irregularidade fiscal, mas vício que fulmina, por inconstitucional, a exigência tributária”. (PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 161).

previdência e assistência social. O art. 198, §1º, da CF, por sua vez, estabelece o sistema único de saúde a ser financiado com recursos provenientes do orçamento da seguridade social dos três entes federativos, além de outras fontes. O §2º do mesmo artigo, por sua vez, prevê os recursos *mínimos* a serem aplicados anualmente pelos entes federativos conforme percentuais ali discriminados.⁴⁸²

O direito à educação previsto no art. 205 como direito de todos e dever do Estado, com expresse reconhecimento do ensino fundamental obrigatório e gratuito como direito público subjetivo (art. 208, I, CF) e expressa determinação da responsabilização da autoridade competente pelo não oferecimento ou oferta irregular do ensino obrigatório (art. 208, §2º, CF), também tem previsão orçamentária vinculativa, ao dispor o art. 212, da CF, que: *A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.*

Neste diapasão, através de simples conta aritmética é possível um efetivo controle entre as receitas arrecadadas e as despesas efetivamente investidas pelo Estado para concretização destes direitos sociais a prestações. É preciso, todavia, seja disponibilizado de forma pública e transparente os dados necessários ao exercício desta fiscalização. Ademais, nos dizeres de Airton Cerqueira-Leite Seelaender, *torna-se cada vez mais evidente a necessidade de se estruturar o direito de informação não com base nos interesses dos empresários de comunicação, mas sim tendo por referência central o direito subjetivo de acesso dos cidadãos às informações.*⁴⁸³

⁴⁸² Os percentuais devem ser calculados: I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no §3º; II – no caso dos Estados e Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea *a*, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos Municípios; III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inc. I, alínea *b* e §3º (art. 198, § 2º, CF).

⁴⁸³ O autor ainda infirma que “Em nossa época, o direito de ser informado também deve abranger e implicar um **direito à explicação**, sob pena de se tornar disfuncional”. (negrito do original). SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. Democratização pelos “mass media”? – O direito de ser informado e os limites fáticos à sua

A Lei Complementar nº 101/00 - Lei de Responsabilidade Fiscal – estatui nos arts. 48 e 49 sobre a transparência da gestão fiscal, estabelecendo como seus instrumentos: a) os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; b) as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; c) o relatório resumido da execução orçamentária e o relatório de gestão fiscal; d) as versões simplificadas destes documentos, bem como impõe seja dado a estes instrumentos *ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso ao público* (art. 48); assegurada a transparência mediante *incentivo à participação popular e realização de audiências públicas*, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos (parágrafo único, art. 48).

Verifica-se, pois, ampla possibilidade de controle, tanto por parte do Judiciário quanto da própria sociedade, na devida aplicação dos recursos públicos gerenciados pelo Estado. Qualquer desvio de recursos constitucionalmente vinculados à concretização de direitos sociais importa em desvio de finalidade passível de aferição e responsabilização do agente infrator. Ademais, é previsto no art. 34, “e”, CF, a possibilidade de intervenção federal nos Estados em que não houver a observância da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

A realização da justiça social, a diminuição das desigualdades sociais e a consecução do bem comum dependem além da postura ativa do Poder Judiciário, do despertar da própria sociedade. Contudo, a postura democraticamente ativa e participativa apenas será possível com a desalienação do indivíduo atualmente a-politizado, de forma que todos os destinatário e intérpretes da Constituição de que fala Peter Häberle⁴⁸⁴, dotados de

plena eficácia. *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Antonio de Menezes. (Org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 63 e 72.

⁴⁸⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição (contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição)*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

responsabilidade social e através da ação prospectiva conjunta, possibilitem seja implementada no Brasil uma verdadeira democracia participativa, em busca da realização dos interesses públicos primários, o que conferirá, automaticamente, legitimação ao Estado democrático e social de direito.

A possibilidade de participação da população em favor da inclusão social e consecução dos fins sociais do Estado democrático brasileiro é disseminada no texto constitucional. Como exemplo cita-se a possibilidade de participação democrática para implementação e controle de políticas públicas para efetivação do direito fundamental à assistência social, conforme preceituado no art. 204, inciso II, da CF, o qual fixa como diretriz das ações governamentais na área da assistência social a: *participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.*

Assim, é possibilitada pela norma constitucional a participação da população tanto na *formulação* das políticas públicas, quanto no *controle* das ações de assistência social. Conforme discorre Vanderlei Siraque, *a participação está na partilha de poder para elaboração das políticas públicas de assistência social e o controle está no acompanhamento da maneira de aplicação dessas ações*⁴⁸⁵, sendo ambas, participação e controle, manifestação do princípio da soberania popular estatuído nos arts. 1º e 14º da CF, gênese do princípio democrático.⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 182.

⁴⁸⁶ “O princípio democrático se exprime pela afirmação do exercício do Poder “do povo, pelo povo, para o povo”. Essa é uma idéia cujo núcleo é composto por dois elementos essenciais – participação e controle. De um lado, o princípio em exame garante àqueles que suportarão, diretamente, os efeitos da função pública o direito de participar em seu exercício; e, de outro, assegura, também, aos destinatários diretos da mesma função a faculdade de fiscalizar (controlar) seu exercício, para que este se mantenha dentro dos limites estabelecidos pela Constituição para o atendimento da finalidade pública”. (SILVA, Wilney Magno de Azevedo; SILVA, Wildney Marcus de Azevedo. Observações sobre o princípio do devido processo do direito. *A constitucionalização do Direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. ANDRADE, André (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 282-283).

Portanto, o cumprimento dos objetivos do Estado brasileiro estatuídos no art. 3º da CF deve nortear não só a atividade das funções estatais. Deve também haver aumento do controle social através de uma maior mobilização da população na elaboração das políticas públicas e fiscalização das ações governamentais no rumo estabelecido pelo constituinte, o que, como assinalado, é possibilitado pelo próprio texto constitucional.

Em contrapartida, o controle social apenas será possível entre cidadãos bem informados, com maior nível de escolaridade, nutrição e saúde, quando houver a desobstrução de véus ideológicos disseminados em meio social por diversos meios de dominação.⁴⁸⁷ Assim, ao se assegurar a concretização de políticas públicas na área social destinadas ao cumprimento dos fins e objetivos do art. 3º da CF e a assegurar a existência digna da população com prestação de assistência social, saúde e educação, automaticamente se possibilitará o aumento da participação e do controle social e, conseqüentemente, a democratização da sociedade, pois, conforme ressaltado por Ingo Wolfgang Sarlet, *um regime genuinamente democrático pressupõe uma certa independência e segurança para cada pessoa, o que, de certo modo, harmoniza com a noção de um mínimo existencial para uma vida com dignidade e um conjunto de direitos prestacionais indispensáveis para a garantia deste mínimo.*⁴⁸⁸

Contudo, é sabido, conforme afirma Vanderlei Siraque, ser a questão complexa e de difícil solução em curto espaço de tempo por não envolver apenas a “vontade política”, mas especialmente um lento processo de *envolvimento das pessoas que desejam*

⁴⁸⁷ A mídia, segundo Paulo Bonavides, é “a caixa preta da democracia”. Alerta ainda o autor, discorrendo sobre o que denomina de bloqueio comandado por agentes estrangeiros da recolonização, que: “Os legisladores do governo-vassalo introduziram no Congresso projeto de lei que consente a participação da Fazenda externa nas empresas da mídia brasileira, capítulo derradeiro no livro de traição nacional, que o neoliberalismo escreve debaixo das vistas curtas e resignadas de um povo silencioso. Quando os invasores consumarem o domínio ou monopólio da mídia, restarão, tão-somente, ruínas daquilo que foi a identidade nacional, perdida na voragem da recolonização”. (BONAVIDES, Paulo. A democracia participativa e os bloqueios da classe dominante. *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Barueri: Manole, 2005, p. 441).

⁴⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 93.

*uma sociedade crítica e consciente dos seus direitos e deveres.*⁴⁸⁹ Em outras palavras, é necessário a formação da *pessoa deliberativa* a que se refere Klaus Günther.⁴⁹⁰

3.4.2 A reserva do possível e o mínimo existencial

A Constituição Federal, como visto acima, exige a adoção de todas as diretrizes de ação governamental de conteúdo social estabelecidas em seu texto; assim, se possível a realização das políticas pública de cunho social, pelo legislador ou administrador não resta nenhuma margem de escolha; a atividade é vinculada⁴⁹¹. Contudo, mesmo que fielmente cumprida as disposições constitucionais relativas à alocação orçamentária há direitos sociais que podem restar descumpridos (como de fato restam), sendo ponto nodal da questão o óbice material oposto a essa concretização.

Os recursos econômicos disponíveis pelo Estado são limitados, mesmo insuficientes para o desenvolvimento simultâneo de todas as suas funções inclusas nos programas de ação social (nas políticas públicas de governo), ao que denomina “reserva econômica do possível”, cabendo aos respectivos poderes (legislativo e executivo) prévia distribuição orçamentária dos recursos públicos, competindo aos mesmos elegerem prioridades entre as políticas que receberão dotação orçamentária e, assim, objeto de

⁴⁸⁹ SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 175.

⁴⁹⁰ GÜNTHER, Klaus. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. Tradução Flávia Portella Püschel. In: *Revista Direito GV*. v. 2, n° 11, p. 223-240, jan-jun.2006.

⁴⁹¹ Isto significa que o óbice quanto à concretização dos direitos sociais prestacionais não reside no fato da atuação pública ser regida pela discricionariedade, posto inexistir qualquer faculdade ao ente público entre adotar ou não programa de ação em matéria social, isto é, nesta seara não há poder discricionário para se optar pela implementação ou pela não-implementação da política pública de conteúdo social. A discricionariedade reside na forma ou meios a serem eleitos para a consecução da finalidade constitucional.

concretização pela ação governamental, situação que confere certa discricionariedade ao poder político.⁴⁹²

Desta forma, o cumprimento pelo Estado de uma obrigação que envolva dispêndio de dinheiro público fica vinculado à prévia previsão e disponibilidade orçamentária de numerário capaz de responder pelo adimplemento da obrigação. Insere-se, neste contexto, a pretensão de tutela jurisdicional que objetive a concretização de direitos sociais prestacionais (em sentido estrito) pelo Poder Público - como saúde, educação, previdência social, moradia, assistência social. Uma das principais questões opostas ao reconhecimento destes direitos como direitos subjetivos públicos reside justamente na sua dimensão econômica, pelo fato de tais direitos implicarem alocação de recursos materiais e imateriais (humanos), os quais ficam condicionados ao princípio da reserva do possível.⁴⁹³

Com efeito, a eficácia dos direitos sociais de cunho prestacional pode ser tolhida por limitações fáticas, representadas pela indisponibilidade e ausência dos recursos materiais necessários à sua efetivação (reserva do possível), ligadas à falta de previsão legislativa orçamentária, sendo que a determinação do conteúdo e aplicabilidade direta da norma constitucional definidora destes direitos pelo Poder Judiciário pode caracterizar afronta ao princípio da separação dos poderes. Entretanto, necessário se faz que tal argumento (reserva do possível) não sirva de empecilho intransponível à concretização dos direitos sociais prestacionais, ficando sua efetiva fruição submetida à pura discricionariedade do

⁴⁹² Nas palavras do autor: “É nesse sentido que se concebe certa carga de discricionariedade. Além disso, nas hipóteses em que são cogitáveis vários caminhos para a ação governamental, como no anterior exemplo do direito ao trabalho, atribuindo-se ao Legislativo e ao Executivo ampla margem de manobra para a eleição ou não, das políticas públicas em exame – e, sim, na eleição orçamentária das prioridades e na eventual definição do conteúdo da ação (TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)”. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 143).

⁴⁹³ Por *reserva do possível* ou *reserva orçamentária* pode-se entender tanto a capacidade econômica quanto jurídica do Estado, isto é, tanto a possibilidade material de disposição ou disponibilidade efetiva de recursos econômicos (prévia previsão orçamentária) quanto possibilidade jurídica de disposição destes recursos, consistente no poder de dispor dos recursos materiais pelo Poder Público.

Poder Público, tornando-se letra morta, mero ideário irrealizável pela inércia perene do legislador⁴⁹⁴ ou pela alegada insuficiência de recursos estatais disponíveis pelo Executivo.⁴⁹⁵

Nesta perspectiva, para que os direitos fundamentais sociais de natureza positiva não se tornem meras promessas constitucionais, submetidas à vontade exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo necessário se faz invocação de garantias existenciais mínimas do indivíduo e que assegurem sua dignidade enquanto pessoa, as quais obrigatoriamente devem ser protegidas pelo Estado Democrático e Social de Direito, mesmo porque representam a própria razão de sua criação e existência, merecendo controle efetivo por parte do Poder Judiciário⁴⁹⁶.

Todavia, não pode o Poder Judiciário determinar de modo imprudente ou irrazoável ao Estado-Administrador o cumprimento de uma obrigação que acarrete dispêndio de recursos públicos. É preciso observar dentro da “reserva do economicamente possível”, por exemplo, o disposto no art. 5º, inc. III, alínea “b”, da Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que prevê a denominada *reserva de contingência* que deve ser

⁴⁹⁴ “Vale dizer, em outras palavras que das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nesta medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais. De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador. Que tal postulado (o princípio que impõe a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais) não implica em desconsiderar as peculiaridades de determinadas normas de direitos fundamentais, admitindo, dadas as circunstâncias alguma relativização”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, jan.2002. Disponível na Internet: http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf. Acesso em: 24 de janeiro de 2004, p. 9).

⁴⁹⁵ Conforme Sérgio F. Moro: “[...] a reserva do possível constitui severo obstáculo para o desenvolvimento e efetivação dos direitos a prestações materiais, estatais ou privadas. Não se trata, contudo, de barreira intransponível”. (MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. Curitiba: Max Limonad, 2001, p. 98).

⁴⁹⁶ “De um lado, a soberania do parlamento e da intangibilidade e onipotência do legislador parlamentarário perdeu definitivamente terreno em favor da concepção da soberania e supremacia da Constituição e do caráter constituído do Poder Legislativo, bem como de convicção de que o princípio da maioria não equivale à prepotência nem pode traduzir-se na imunidade do Poder Legislativo e do Executivo perante as violações da lei fundamental. “A soberania do parlamento cedeu o passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação dos Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantada pela prevalência dos direitos dos cidadãos em face ao Estado”. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 100-101).

prevista na lei orçamentária anual para *atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos*. Neste contexto, Cármen Lúcia Antunes Rocha afirma que:

Qualquer desvio orçamentário que importe em aquilhoar programas e políticas públicas voltadas ao setor terciário quando o mínimo ainda não tenha sido realizado e assegurado a todos, implica a responsabilidade de quem o tenha feito ou determinado. O desvio orçamentário é mais que abuso de poder: constitui desvio de finalidade constitucional primária e gasto sem fundamento constitucional. Além de ser nula, em face dos ditames constitucionais, é ilícito, sendo responsabilizado quem detinha a competência para atuar em determinado sentido do qual tenha se afastado.⁴⁹⁷

Em outras palavras, por ser a legitimidade (substancial) da atuação Estatal vinculada à proteção dos interesses públicos primários, dentre os quais está a proteção da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, a concretização dos direitos fundamentais e a promoção da justiça social albergada no artigo 3º da CF, qualquer desvio de recursos públicos a setores terciários (mesmo que se queira atribuir a conduta a denominação “contingenciamento”) antes de atendimento do “mínimo” necessário a concreção dos interesses públicos primários, importa em *desvio de finalidade constitucional primária e gasto sem fundamento constitucional* o que, além de ato eivado de nulidade, acarreta a imposição de responsabilidade funcional ao agente ímprobo ou imprudente.⁴⁹⁸

Por fim, deve-se priorizar a garantia dos direitos sociais mínimos, representado pelas próprias condições existenciais do indivíduo, como o direito à formação escolar fundamental, à assistência social, um padrão mínimo de atendimento na área da

⁴⁹⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, p. 451-452, jan./jul.2005.

⁴⁹⁸ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ademais, discorre que a evolução da teoria do desvio do poder resultou no princípio da moralidade administrativa como *moral de resultados* (diversa da moral de intenções), ganhando autonomia e passando a fundamentar outros recentes institutos como o da *improbidade administrativa* e o da *prudência fiscal*. A improbidade administrativa - como uma espécie de *imoralidade administrativa legalmente qualificada* - representa a exigência de um comportamento ético do agente público que se dispõe, espontaneamente, a administrar os interesses públicos e devendo, por isso, se voltar completamente à consecução das finalidades públicas; já a prudência fiscal deve ser observada pelo agente responsável pela gestão de dinheiros públicos, com cuidado e moderação nos gastos públicos, de forma a evitar todas as situações de risco previsíveis, em especial no que tange à proteção dos direitos fundamentais, cujo agente do poder político é responsável na “*alocação moralmente adequada dos recursos públicos*” para atender às *necessidades fundamentais da sociedade*. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31-34).

saúde⁴⁹⁹, necessários a assegurar a real liberdade fática e autodeterminação do cidadão.⁵⁰⁰ E através da união desses dois paradigmas - o princípio da dignidade da pessoa humana e a teoria do mínimo existencial - possível se construir uma hermenêutica voltada à transformação da realidade social, de modo a se assegurar à pessoa humana um mínimo ético necessário ao seu desenvolvimento pessoal e sociocultural.⁵⁰¹

Quando em jogo a proteção da existência digna do cidadão deve-se falar em direito subjetivo público baseado no direito originário a prestações sociais, isto é, o indivíduo tem o direito de exigir judicialmente a prestação estatal independentemente de concretização pelo Legislador ou pela Administração Pública, pois no atual Estado Constitucional, que se pretende democrático, o princípio da dignidade da pessoa humana assume especial relevo na determinação de um padrão mínimo existencial na esfera dos direitos sociais a prestações materiais.⁵⁰²

Em suma, existe um mínimo existencial a ser garantido aos indivíduos, constituído pelas prestações indispensáveis a uma existência digna, sendo que as dificuldades econômicas e fáticas apontadas pelo princípio da reserva do possível e pela competência legislativa e executiva em matéria orçamentária podem (e devem) ser transpostas no caso concreto a partir das perspectivas oferecidas pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana⁵⁰³, considerado núcleo essencial da hermenêutica, *fundamento* (art. 1º, III) e

⁴⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 318.

⁵⁰⁰ Como exemplo pode-se citar o direito ao ensino como pressuposto da liberdade na escolha da profissão.

⁵⁰¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, p. 445, jan./jul.2005.

⁵⁰² “Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo ‘prima facie’, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 324).

⁵⁰³ Nesse sentido, ainda Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] um crescente consenso no que diz com a plena justiciabilidade da dimensão negativa (defensiva) dos direitos sociais em geral e da possibilidade de se exigir em

fim (art. 170) do Estado democrático (e social) de direito, e em conformidade com os ditames da justiça social (art. 3º e 170 da CF) cujo dever promocional é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

3.5 Diferença entre práxis jurisdicional prospectiva e arbitrária: limites à atuação jurisdicional

Quando se fala em controle e intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas e na efetivação dos direitos sociais prestacionais, não se quer afirmar possa obrigar o ente público a implementar e executar qualquer programa de ação, com qualquer conteúdo. Com efeito, além de óbices como a disponibilidade econômica e técnica (reserva do possível), a previsão orçamentária e a liberdade decisória (discricionariedade) inerentes às funções legislativa e executiva, também o Judiciário, além de possuir limites inerentes à sua função, deve atuar em conformidade com os preceitos constitucionais. O controle e intervenção estatal no campo econômico e social são regulados pelas normas exaradas na Constituição Federal, vinculando tanto os órgãos legislativo e administrativo quanto o órgão jurisdicional aos seus preceitos normativos.

Além do mais, como exposto, os primordiais objetivos e compromissos assumidos pelo Estado brasileiro estão formalmente dispostos na Carta Política do país, sendo dever funcional do Judiciário velar pelo adequado cumprimento dos princípios constitucionais e direitos fundamentais. Para o devido cumprimento dos compromissos assumidos pelo Estado democrático brasileiro resta imprescindível uma atuação crítica da jurisdição, inclusive

juízo pelo menos a satisfação daquelas prestações vinculadas ao mínimo existencial, de tal sorte que também nesta esfera a dignidade da pessoa humana (notadamente quando conectada com o direito à vida) assume a condição de metacritério para as soluções tomadas no caso concreto [...]”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 94).

no controle de elaboração e implementação de políticas públicas e conseqüente cumprimento da lei orçamentária pelo Poder Público, como forma de minimizar ou atenuar os efeitos nocivos causados pelas políticas do neoliberalismo impostas pelo Mercado, acima apontadas, em especial o agravamento e retrocesso na concretização dos direitos humanos e sociais.⁵⁰⁴

Desta feita, a atividade jurisdicional deve primar pela realização dos fins e objetivos traçados no artigo 3º da CF e pela concretização dos princípios e direitos fundamentais como forma de legitimar sua atuação. Para tanto, faz-se imprescindível uma ruptura paradigmática a fim de viabilizar maior controle judicial na implementação das políticas públicas, para que se possa, através do processo, promover a inclusão social, proteger a dignidade da pessoa humana e velar pelo fiel cumprimento dos direitos subjetivos públicos e dos programas sociais já regulamentados pelo legislador infraconstitucional ou previstos em lei orçamentária.

O que existe é a “unidade” do poder estatal, manifestado em uma “pluralidade” de funções⁵⁰⁵, razão pela qual a concretização dos fins e objetivos do Estado Democrático de Direito é múnus a ser cumprido por todas as três esferas do poder, pois, conforme assevera Paulo Bonavides, é preciso *desbloquear os arts. 1º e 3º da Lei Maior, sem os quais não há democracia, nem república, nem federação*.⁵⁰⁶

Trata-se, pois, de uma visão funcional (teleológica) da jurisdição civil como manifestação do poder estatal, porém, diversamente da atuação legislativa ou administrativa, uma manifestação voltada ao caso concreto, aos problemas reais apresentados em meio ao

⁵⁰⁴ Sobre o assunto a doutrina de Jônatas Luiz Moreira de Paula: “Daí ser detectável que a postura do capitalismo globalizado deve ser revista, a fim de corrigir o “desvio de rota” do desenvolvimento econômico, a fim de atrelá-lo imediata e conseqüentemente ao desenvolvimento social. A correção desse desvio de rota se dará pelo Estado, cabendo tal tarefa, inclusive e sobremaneira, à jurisdição”. (PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002, p. 136).

⁵⁰⁵ Cf. SERPA, José Hermílio Ribeiro. *A Política, o Estado, a Constituição e os Direitos fundamentais: um reexame fenomenológico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 110.

⁵⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. *A democracia participativa e os bloqueios da classe dominante. Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Barueri: Manole, 2005, p. 439.

contexto social e histórico em que está inserido o julgador.⁵⁰⁷ Neste diapasão, qualquer posição que adote o julgador *tem conotação política, que deve se pautar, não em gostos pessoais, em suas idiossincrasias, mas nos valores dominantes do seu tempo.*⁵⁰⁸

A Jurisdição é, ademais, importante canal dialético entre as reais necessidades e expectativas da sociedade e o núcleo do poder decisório estatal. Através do processo, indivíduo e coletividade podem exercer a cidadania e atuar participativamente nos atos de governo, posto a democracia meramente representativa já haver dado provas de insuficiência⁵⁰⁹. Disso não resulta, como visto, possível violação ao dever de imparcialidade, por esta não se confunde com neutralidade axiológica do juiz.⁵¹⁰

Nesta perspectiva, a Constituição Federal de 1988 possibilita aos cidadãos o exercício direto do poder (arts. 1º e 14) e dota o sistema de instrumentos processuais aptos a defender tanto interesses individuais como coletivos e sociais, como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, além de legitimar órgãos e entidades para atuar em juízo, através da legitimidade extraordinária ou impura⁵¹¹, para defesa de anseios e

⁵⁰⁷ Segundo Mauro Cappelletti: “[...] tenha-se presente que os “direitos sociais” – típico produto jurídico do Estado social ou de *welfare* – são caracterizados pelo fato de que não têm natureza, por assim dizer, puramente normativa; eles são “promocionais” e projetados no futuro, exigindo para sua gradual realização a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado. Na proteção de tais direitos, o papel do juiz não pode, absolutamente, limitar-se a decidir de maneira estática o que é agora legítimo ou ilegítimo, justo ou injusto; ao contrário, constitui freqüente responsabilidade do juiz decidir se determinada atividade estatal, mesmo quando largamente discricionária – ou a inércia, ou em geral dado comportamento dos órgãos públicos -, está *alinhada* com os programas prescritos, freqüentemente de maneira um tanto vaga, pela legislação social e pelos direitos sociais” (CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 22).

⁵⁰⁸ FRANCO, Fábio Luis; MARTINS, Antonio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 135, ano 31, p. 59, maio.2006.

⁵⁰⁹ Conforme teoriza Fábio Luis Franco e Antonio Darienso Martins: “Não se pode conviver mais com a marca da democracia meramente representativa, segundo a qual os cidadãos limitam-se a eleger seus representantes e, após depositarem seu voto na urna, se sujeitam passivamente à sucessão de atos do governo, sem qualquer participação na tomada de decisões. Se desconformes com o modo de governar dos eleitos, resta aos eleitores a possibilidade de, no próximo pleito, não tornar a elegê-los. Esse modelo político não serve ao terceiro milênio. (FRANCO, Fábio Luis; MARTINS, Antonio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 135, ano 31, p. 57, maio.2006.

⁵¹⁰ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos políticos do processo. In: *Participação e Processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 115.

⁵¹¹ Sobre a legitimização extraordinária, as lições de Hugo Nigro Mazzilli: “Em nosso sistema jurídico fica limitada a hipóteses excepcionais a chamada *legitimidade extraordinária*, ou seja, a possibilidade de alguém, *em nome próprio*, defender interesse alheio (art. 6º do CPC). Quando isso ocorre, configura-se verdadeira *substituição processual*, inconfundível com a *representação*, pois nesta última alguém, *em nome alheio*, defende

pretensões que transcendem a esfera individual, destacando-se, neste contexto, a atuação do Ministério Público que tem legitimidade inclusive para proteção de interesses individuais considerados *indisponíveis*⁵¹² (art. 127, CF), como aqueles atinentes a pessoas e grupos que necessitam de maiores cuidados⁵¹³, seja por parte do Estado como da sociedade, como crianças e adolescentes, idosos e portadores de deficiência; razão pela qual para Rui Portanova preleciona que:

O direito processual brasileiro, neste passo, pode ser considerado um dos sistemas mais politizados do mundo. Por um lado, temos um Poder Judiciário com poderes suficientes para interferir nos atos de governo de outros poderes e até do próprio Judiciário. Por outro lado, temos instrumentos processuais suficientemente capazes que possibilitam aos cidadãos, aos grupos sociais e ao próprio Estado, por seus agentes (Ministério Público), movimentar o Judiciário e assim atuar no centro decisório do Estado.⁵¹⁴

Demais disso, a justiça social consubstanciada no art. 3º da CF (como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais) mais se alcançará quanto maior for a efetivação dos direitos sociais elencados no art. 6º da CF, em especial os direitos à educação, saúde e assistência social – que se enquadram na categoria dos direitos sociais prestacionais - posto que todos estes levam à existência digna da pessoa humana. Com efeito, sem educação não há igualdade de oportunidades (quanto menos de resultados); sem saúde não há existência, quanto mais “digna”; e sem assistência social não há subsistência de determinados grupos de pessoas que, em razão de suas particularidades pessoais como idosos

o interesse alheio”. (MAZZILLI, Hugo Nigro. A ação civil pública no Estatuto da Criança e do Adolescente”. *Revista dos Tribunais*, n. 659, p. 37, set.1990).

⁵¹² Sobre os interesses indisponíveis as lições de Edson Seda: “[...] há interesses dos indivíduos, ou de coletividades específicas, ou difusamente distribuídas na sociedade, que as normas públicas entendem serem interesses do bem comum. São os interesses chamados indisponíveis, que não dependem da queixa das pessoas ameaçadas ou violadas. Tais interesses sendo ameaçados ou feridos, mesmo quando o afetado seja um único indivíduo, a lei considera que houve um dano de natureza pública”. (SÊDA, Edson. *Construir o passado: ou como mudar hábitos, usos e costumes, tendo como instrumento o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Série Direitos da Criança 2, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 89).

⁵¹³ A atual preocupação na prestação de tutela diferenciada a determinados grupos especiais de pessoas é demonstrada por Giuseppe Tarzia: “La rassegna, pure sommaria, che ho compiuto dialcune tra le principali applicazioni della tutela differenziata nelle controversie civili mostra alcune costanti: l’individuazione tipica dei soggetti beneficiari, in realzione alle loro “condizioni personali e sociali”, e il ricorso a forme speciali di tutela processuale”. (TARZIA, Giuseppe. La durata del processo civile e la tutela dei deboli. *Estudos de Direito Processual Civil*. MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 128-129).

⁵¹⁴ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 32.

e portadores de deficiência (art. 203, V, CF), estejam em situações de risco e excluídos da dinâmica social. O analfabetismo, a debilidade e a fome levam à marginalização e à exclusão social⁵¹⁵. Tudo isso aniquila direitos civis e políticos, como a autodeterminação pessoal e a cidadania⁵¹⁶, acarretando um *déficit* democrático e do próprio princípio republicano⁵¹⁷. Nos dizeres de Flávia Piovesan sobre a indivisibilidade dos direitos humanos: *a garantia dos direitos civis e políticos é condição para observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são.*⁵¹⁸

⁵¹⁵ Nesse sentido Caio Tácito: “Os direitos sociais do homem não se opõem aos direitos individuais de clássica proteção, nem representam uma categoria distinta e incomunicável. Em verdade, a substância ontológica de uns e outros se identifica. A criação de direitos sociais, protegendo o trabalho, amparando contra a invalidez, a doença e a cultura, ou a moradia condigna, visa tornar realidade a essência dos direitos inalienáveis que o texto famoso da Declaração de Independência das 13 Colônias resumia nos valores essenciais da Vida, Liberdade e Busca da Felicidade (*Life, Liberty and Pursuit of Happiness*). Os direitos econômicos e sociais são um prolongamento dos direitos e liberdades individuais, contemplando a pessoa humana, além de sua qualidade pessoal, para garantir seus direitos de participação na sociedade, a substituição de um conceito de justiça distributiva pela de uma justiça comutativa, que deve levar em conta as desigualdades individuais, ou seja, tratar desigualmente os desiguais para igualá-los, conforme a lembrada lição de Rui Barbosa”. (TÁCITO, Caio. As três faces dos direitos humanos. In: *Temas de direito público* (estudos e pareceres). 1º vol., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 603).

⁵¹⁶ Eduardo Appio, assim se manifesta: “O conceito de cidadania, na pós-modernidade, não elide a responsabilidade do Estado nacional de prover os serviços indispensáveis para a sobrevivência das classes sociais excluídas do mercado de consumo. A cidadania se encontra atrelada à prestação de serviços públicos aos mais necessitados, bem como ao efetivo controle dos atos da Administração Pública na gestão dos recursos coletivos. Em ambos os casos, o acesso à Justiça não pode ser restringido senão por um evidente interesse público superior, na medida em que representa um espaço público e democrático para o debate acerca do modelo de Estado que a sociedade deseja. [...] O acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, se constitui em direito subjetivo público e serve, neste contexto, como um dos mais importantes instrumentos de exercício da cidadania sonogada pelo Estado neoliberal”. (APPIO, Eduardo. *A ação civil pública no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 25-26).

⁵¹⁷ John Rawls analisa a relação entre direitos sociais (dever de assistência) e direitos civis e políticos (igualdade e autonomia política) em uma dimensão global – o “Direito dos Povos” ou “Sociedade dos Povos” no qual a justiça social se dá entre as sociedades dos Estados-nação contextualizados numa era Global: “Isso suscita a questão da diferença entre um princípio igualitário global e o dever de assistência. Esse princípio tem um objetivo de ajudar os pobres em todo o mundo e propõe um Dividendo Geral dos Recursos (DGR) a ser pago por toda a sociedade a um fundo internacional administrado com esse propósito. A pergunta a fazer é se o princípio tem um alvo e um ponto de interrupção. O dever de assistência tem ambos: ele busca elevar os pobres do mundo até que seja cidadãos livres e iguais de uma sociedade razoavelmente liberal ou membros de uma sociedade decente. Esse é o alvo. Também tem, deliberadamente, um ponto de interrupção já que, para cada sociedade onerada, o princípio deixa de se aplicar assim que o alvo é atingido. Um princípio igualitário global poderia funcionar de maneira semelhante. Vamos chamá-lo princípio igualitário com alvo. Quão grande é a diferença entre o dever de assistência e esse princípio igualitário? Certamente, há um ponto em que as necessidades básicas de um povo (estimadas em bens primários) são satisfeitas e ele pode caminhar com os próprios pés. Pode haver discordância quanto a esse momento, mas que ele exista é crucial para o Direito dos Povos e o seu dever de assistência. (RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 155-156).

⁵¹⁸ PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos humanos: desafios e perspectivas. *Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 342).

Também no direito da União Européia, como demonstra Renato Greco⁵¹⁹ ao tratar do catálogo de direitos fundamentais da *Carta di Nizza*, ocorre uma “ibridação” da dimensão individual dos direitos fundamentais clássicos (civis e políticos) do constitucionismo liberal com aquela dimensão social dos direitos do constitucionalismo novocentista, convergindo no valor fundante da dignidade da pessoa, da solidariedade, da justiça social, consubstanciando-se em bens inseparáveis, indivisíveis e interdependentes.

Todavia, ao se defender uma visão substancialista sobre a legitimação da jurisdição para analisar questões tradicionalmente afeitas à política, em uma concepção crítica e prospectiva da jurisdição civil, a questão desloca-se para o conteúdo da decisão judicial, razão pela qual a legitimidade da atuação judicial será tanto maior quanto mais convincente for a argumentação⁵²⁰ utilizada pelo julgador para motivar a decisão em determinado caso

⁵¹⁹ GRECO, Renato. Il modello sociale della carta ni nizza. *Questione giustizia*. n. 3, Milano 2006, p. 520.

⁵²⁰ Manuel Atienza em sua teoria da argumentação jurídica manifesta que ela deve cumprir, basicamente, três funções: “a primeira é de caráter teórico ou cognoscitivo, a segunda tem uma natureza prática ou técnica e a terceira poderia ser qualificada de política ou moral [...] Com relação à primeira dessas funções, o que se teria de ver é até que ponto uma teoria da argumentação jurídica pode contribuir para o desenvolvimento de outras disciplinas, jurídicas ou não, e, resumindo, até que ponto ela nos permite uma compreensão mais profunda do fenômeno jurídico e da prática de argumentar.[...] Por função prática ou técnica a argumentação jurídica, entendo basicamente que esta deve ser capaz de oferecer uma orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o Direito. [...] Finalmente, o que denominei função política ou moral da teoria da argumentação jurídica se relaciona com a questão de qual é o tipo de ideologia jurídica que está sempre, inevitavelmente, na base de uma determinada concepção da argumentação. [...] a teoria da argumentação teria de se comprometer com uma concepção – uma ideologia política e moral – mais crítica com relação ao Direito dos Estados democráticos, o que, por outro lado, poderia supor também adotar uma perspectiva mais realista. Quem tem de resolver um determinado problema jurídico, inclusive na posição de juiz, não parte necessariamente da idéia de que o sistema jurídico oferece uma solução correta – política e moralmente correta – desse problema. Pode muito bem ocorrer o caso de que o jurista – o juiz – tenha de resolver um questão e argumentar a favor de uma decisão que é a que ele julga correta, embora, ao mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução a que o Direito positivo leva. O Direito dos Estados democráticos não configura necessariamente o melhor dos mundos imagináveis (embora seja o melhor dos mundos jurídicos existentes). A prática da adoção de decisões jurídicas mediante instrumentos argumentativos não esgota o funcionamento do Direito, que consiste também na utilização de instrumentos burocráticos e coativos. E, inclusive, a mesma prática de argumentar juridicamente para justificar uma determinada decisão pode implicar às vezes um elemento trágico. Com isso quero dizer o seguinte: na teoria padrão da argumentação jurídica, parte-se da distinção entre casos ou fáceis e casos difíceis; com relação aos primeiros, o ordenamento jurídico fornece uma resposta correta que não é discutida; os segundos, pelo contrário, caracterizam-se porque, pelo menos em princípio, é possível propor mais de uma resposta correta que se situe dentro das margens permitidas pelo Direito positivo. Mas o que parece ficar excluído, com essa proposição, é a possibilidade de uma terceira categoria, a dos casos trágicos. Um caso pode ser considerado trágico quando, com relação a ele, não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral (cf. Atienza, 1989a). A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema”. (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 332-335).

concreto⁵²¹, pois devido aos princípios republicano e democrático todo tipo de manifestação do poder deve ser pública, revestida de publicidade e transparência, sob pena de reinar “o absolutismo do poder de togas”, como manifesta parcela da doutrina.⁵²²

Entende-se deva a atividade hermenêutica pautar-se na técnica da proporcionalidade, adotando-se o princípio da razoabilidade na aplicação das leis, o princípio da dignidade da pessoa humana (inserida a teoria do mínimo existencial) e os direitos fundamentais como bases hermenêuticas da práxis jurisdicional prospectiva, a qual se legitimará quando voltada a promover a justiça social e o bem comum, objetivos do Estado democrático brasileiro (art. 3º, CF). Todavia, a fundamentação não pode ser abstrata como a simples menção a um conceito vago de dignidade da pessoa humana aplicada através da técnica da proporcionalidade como forma de valoração *a priori*. Mesmo não se tratando de regras hermenêuticas fixas, como a subsunção silogística, é preciso a demonstração de raciocínio condizente com o sopesamento dos valores em conflito, *projetando-se nas situações concretas e ensejando interpretações que são (ou devem ser) sempre relativas: tão relativas quanto clara for a consciência de que o concreto é sempre o contingente e é nele que ocorrem os conflitos e os apelos próprios da condição humana.*⁵²³

De qualquer sorte o resultado deve, em todo caso, assegurar a maior proteção possível dos valores constitucionais.⁵²⁴ Os Poderes Públicos, aí entendido o Poder

⁵²¹ A necessidade de motivação das decisões judiciais, garantia constitucional do indivíduo, possibilita maior controle social das decisões. A Constituição Federal brasileira prevê a garantia no art. 93, inciso IX, culminando pena de nulidade das decisões que não forem suficientemente fundamentadas.

⁵²² Conforme lição de Michele Taruffo: “[...] Nello Stato democratico di diritto il potere non è assoluto, e soprattutto non è occulto: al contrario, vige il principio di trasparenza, o di *maximale Diskretion* dell’esercizio potere, dato che la sua legittimità non è più fondata sul principio di autorità, ma sulla legittimazione democratica. In altri termini, lo Stato di diritto si pone necessariamente come *rechtsfertiger Staat*, ossia come forma politica che si legitima in quanto giustifica il modo in cui il potere viene esercitato”. (TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: *Participação e Processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 41). Ainda o mesmo autor discorre sobre a importância da motivação para o controle da sentença em grau de recurso: TARUFFO, Michele. Una riforma della Cassazione civile? In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. n° 3, anno LX, Milano: Giuffrè Editore, settembre 2006, p. 780-783.

⁵²³ SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 246.

⁵²⁴ APPIO, Eduardo. *Discricionariedade Política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 40.

Judiciário, não têm ampla liberdade entre o agir ou o não agir. Para isto existe a Constituição Federal: para limitar e condicionar a ação do Estado. A discricionariedade política, neste contexto, fica vinculada ao dever de preservar e concretizar as normas garantidoras de direitos fundamentais, em especial as de conteúdo social já prioritarizadas e hieraquizadas no próprio texto constitucional, posto que a relação é assimétrica: quanto maior a concretização dos direitos sociais prestacionais, maior será a promoção da justiça social e, assim, a democratização da sociedade.

Nesse diapasão, é preciso outorgar a devida importância à função áxio-política do processo. O processo com função axiológica: promover a justiça social e o bem comum (considerando-se que direitos individuais, como a dignidade da pessoa humana, estão inseridos na noção de “bem comum” estatuída no sempre referido art. 3º da CF). O processo com função política: a democratização da sociedade. Objetivos e fundamentos do Estado brasileiro que não existe por si mesmo, mas para viabilizar e concretizar os compromissos assumidos no pacto social de 1988. No caso brasileiro, ademais, o “direito das minorias” não só deve ser justicializado como representa os anseios e expectativas do grande contingente de cidadãos excluídos do processo social e da dinâmica do mercado⁵²⁵, acelerada com a globalização e o neoliberalismo.

Com efeito, nos dizeres de Paulo Fernando Silveira, *numa democracia, há de prevalecer, na elaboração das leis, o interesse da maioria, sem prejuízo dos direitos e garantias fundamentais outorgados pela Constituição a todos, inclusive às minorias, a serem resguardadas pelo Poder Judiciário*⁵²⁶. Mesmo Jürgen Habermas, precursor de teoria procedimentalista da legitimação democrática, demonstra-se sensível à questão das minorias a

⁵²⁵ Neste sentido Celso Fernandes Campilongo preleciona que: “No Brasil, como acertadamente lembra Fábio Comparato, a situação é diversa. O desrespeito aos direitos humanos é tão grande que, na verdade, atinge à maioria da população. Proteger as minorias, ainda que fundamental e indispensável, assume um papel secundário num contexto em que os direitos fundamentais são negados à própria maioria”. (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 52).

⁵²⁶ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal: Due process of Law*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 135.

que denomina “inatas”, atentando para as diferenças culturais que a igualdade formal não tutela de forma adequada. Nessas matérias, afirma, *as minorias não devem ser submetidas sem mais nem menos às regras da maioria. O princípio majoritário chega aqui a seu limite.*⁵²⁷

Nesta perspectiva, Eduardo Appio entende consistir o Poder Judiciário em importante função de equilíbrio entre as forças imanentes do meio sócio-político:

Não se pode olvidar, contudo, que os juízes exerceram uma função de equilíbrio no interior do sistema jurídico, nos casos em que a hegemonia de determinados grupos econômicos e políticos possa colocar em risco o exercício mínimo das prerrogativas inerentes à cidadania dos grupos minoritários afetados. Nestas hipóteses não é incomum que os juízes adotem uma postura pró-ativa em favor dos grupos minoritários. Em muita das vezes, o espaço da discussão política é suprimido em favor da vontade das majorias, o que pode resultar diretamente na afetação de um interesse difuso em favor de outro. O espaço judicial costuma representar o campo próprio de resistência das minorias, na medida em que as majorias detêm o poder de fato que prescinde de intervenção judicial⁵²⁸.

Por fim, para que a jurisdição contribua para transformação da realidade social através do processo é preciso que esteja voltada a concretizar os fins sociais previstos no art. 3º da CF⁵²⁹, ou seja, é preciso que a jurisdição faça opção pelo interesse público primário e não pelo interesse secundário, com vistas a promover os direitos fundamentais (materiais) e os objetivos sociais referidos no sobredito art. 3º da CF e, por conseguinte, promover a própria democratização da sociedade, cumprindo o papel áxio-político do processo e a legitimação do Estado democrático de direito brasileiro⁵³⁰.

⁵²⁷ “O problema surge em sociedades democráticas, quanto uma cultura majoritária, no exercício do poder político, impinge às minorias a sua forma de vida, negando assim aos cidadãos de origem cultural diversa uma efetiva igualdade de direitos. Isso tange questões políticas, que tocam o auto-entendimento ético e a identidade dos cidadãos”. (HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 164).

⁵²⁸ APPIO, Eduardo. *A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 62-63.

⁵²⁹ “O rompimento com a cultura jurídica dominante se dará tão somente com a ruptura epistemológica tanto da ciência jurídica como da práxis jurídica. O art. 3º, da CF, é um excelente referencial do novo saber jurídico a ser construído. (PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002, p. 166).

⁵³⁰ Hoje a idéia de “legitimidade” não pode mais ser concebida como uma qualidade da lei vigente, como simples expressão ética ou como mero resultado formal da observância de processos de tomada de decisão, mas como expressão “democrática” ambivalente, tanto formal como material. (Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 91).

Assim, não se estará a promover um “governo de juízes” mas sim em assumir a Jurisdição seu papel político, pois, nas palavras de Luis Favoreu, *o juiz constitucional desempenha necessariamente um papel ou uma função política*⁵³¹, o qual apenas justificaria estar encoberto em atenção ao princípio da neutralidade há muito desmitificado; papel este que, por não existir no Brasil um Tribunal Constitucional desvinculado do Poder Judiciário⁵³², deve ser assumido e desenvolvido por todos os juízes e tribunais nacionais. Fator que atualmente tem maior relevância quando se tratar de maximizar a efetividade e eficácia das normas constitucionais através da revisão e controle da execução da lei orçamentária e a vinculação das políticas públicas à concretização dos direitos sociais prestacionais, inclusive ante a omissão inconstitucional do dever prestacional do Estado⁵³³, o que, de forma alguma, representa pura e simples judicialização da política ou morte da

⁵³¹ Tradução livre: “el juez constitucional desempeña necesariamente un papel o una función política”. FAVOREU, Luis (Org.). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Traducido Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 22.

⁵³² O controle de constitucionalidade no Brasil é de tradição norte-americana, modelo diverso do adotado em países da Europa-continental que possuem Tribunais Constitucionais independentes do Poder Judiciário e constituídos especialmente para conhecer litígios constitucionais, como o Conselho Constitucional Francês, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, o Tribunal Constitucional Italiano e o Tribunal Constitucional Austríaco, entre outros. Luis Favoreu discorre sobre ambos modelos: “La diversidad de organización de la justicia constitucional, según há quedado dicho, es muy grande; sin embargo, los diferentes sistemas pueden reagruparse basicamente en dos grandes modelos: Se confía la justicia constitucional al orden jurisdiccional ordinário, siempre dependiendo de un Tribunal Supremo, conforme al llamado modelo americano, o bien, se atribuye la justicia constitucional a una jurisdicción especialmente constituida con este fin, cuyo primer ejemplo fue el Tribunal Supremo constitucional de Áustria. Sin embargo, por encima de las diferencias, hay que señalar que en la medida en que en el primer modelo, los litigios constitucionales llegan hasta el Tribunal Supremo – e incluso en algunas ocasiones son deferidos directamente a este –, el problema del estatuto y del lugar del juez constitucional en el sistema político se plantea del mismo modo en ambos modelos, lo cual justifica el desarrollo precedentemente seguido”. FAVOREU, Luis (Org.). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Traducido Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 23). Modelo (europeu-continental) também adotado posteriormente por países da América Latina: “Con posterioridad, el modelo europeo concentrado de control constitucional se ha incorporado, con diversas modalidades, en los demás países del aérea. Así, logo de Ecuador, que es un inicio vacilante y se consolida sólo en 1996, lo incorpora Guatemala (1965), Chile (1971), Peru (1979), Colômbia (1991) y Bolivia (1994)”. (BELAUNDE, Domingo García. El constitucionalismo latino-americano y sus influencias. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, p. 420, jan./jul.2005).

⁵³³ Walter Claudius Rothenburg discorre sobre essa dimensão prospectiva da jurisdição para implementação de políticas públicas: “Tendo em conta o aspecto dirigente do ordenamento constitucional, em que metas são impositivamente traçadas ao Poder Público e à sociedade, requer-se do Judiciário que aprecie a implementação das diretrizes (políticas públicas), que concorra para a consecução dos objetivos e que reprima obstáculos, distorções e omissões na realização dos valores constitucionais. Isso lhe abre um vasto campo e enseja o encontro de suas funções judiciais com a atividade legislativa numa dimensão prospectiva”. (ROTHENGURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 129).

política, visto que direito e política sempre estiveram indissociavelmente interligados no percorrer da história, encobertos, em certos períodos, pelo mito da neutralidade.⁵³⁴

⁵³⁴ Na Teoria Crítica do Direito a *ideologia* como categoria crítica do pensamento jurídico procura demonstrar o *elemento político* existente no saber jurídico tradicional, perpassado através dos séculos pela dogmática jurídica, levando ao questionamento dos propósitos do(s) Estado(s) de Direito e a formulação de novas bases jurídicas que “superem tanto a concepção jurdicista do Estado quanto a concepção estatista do direito, às quais têm-se revelado incapazes de solucionar os complexos problemas da sociedade”. Considera, ademais, que “as decisões judiciais não são neutras, no sentido da racionalidade positivista. O magistrado é portador de valores, crenças e preconceitos de toda ordem, conscientes ou não, herdeiro da tradição e de um passado teórico que interfere no ato decisório. Por isso opõe-lhe o *princípio da politicidade das decisões judiciais*. O que e procura estabelecer com esse princípio é a diferença entre *imparcialidade* e *neutralidade* do juiz, submetendo-se à evidência de que, nas decisões judiciais, se o magistrado deve ser imparcial, em relação aos interesses *sub judice*, ele não deve ser neutro em relação aos problemas que a aplicação das normas jurídicas soem suscitar no meio social”. (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 307 e 406).

4 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS ATRAVÉS DO PROCESSO

4.1 Direito processual *privado* x direito processual *público*

A diferenciação proposta entre direito processual *privado* e *público* é feita na esteira de Cassio Scarpinella Bueno⁵³⁵, o qual se refere ao primeiro também como processo civil *tradicional*, e tem finalidade apenas didática e facilitadora da compreensão de aplicabilidade de determinados institutos e normas jurídicas em um e noutro caso e ainda para análise das normas diferenciadas sob a ótica da *efetividade* do processo civil. Como bem assinala Augustín Gordillo, em obra dedicada a analisar o *regime jurídico público* e seus diversos campos de aplicação: *é necessário purificar a palavra, pois o uso amplo torna confusa sua aplicação como também a do regime jurídico que lhe possa corresponder*⁵³⁶. Desta forma, inobstante a existência de um único Código de Processo Civil estatuinto regras gerais de processo existe verdadeiro abismo legislativo e pragmático entre a efetividade do direito processual civil *privado* e do direito processual civil *público*⁵³⁷, distância esta, ademais, cada dia maior em decorrência da elaboração de leis esparsas instituidora dos

⁵³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *O poder público em juízo*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005; BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁵³⁶ GORDILLO, Augustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 6.

⁵³⁷ “Por outro lado, invertida a ótica pela qual se analisam processualmente as relações entre Estado e particulares, destacadas as alegações de lesões ou ameaças de lesões ensejadas por aquele em detrimento destes, o ordenamento processual brasileiro ainda está muito aquém de propiciar-lhes adequada proteção, visto que, pragmática e funcionalmente, inúmeros são os percalços opostos ao seu efetivo acesso à justiça.

Tal afirmação não desmerece nem relativiza a sofisticação, em certo passo, dos instrumentos de tutela individual predispostos pelo ordenamento jurídico para a proteção dos cidadãos. Não se nega relevância, assim, de a própria garantia constitucional do direito de ação, insculpida no art. 5º, XXXV, da CF, ter adquirido novos contornos com a generalização da tutela jurisdicional de todas as pretensões materiais, sem individuais ou coletivas”. (VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 21-22).

denominados “privilégios” ao poder público, a grande maioria oriunda de Medidas Provisórias⁵³⁸, não raro objetos de indagações quanto suas constitucionalidades⁵³⁹.

Pode-se afirmar, ainda, que a causa dessa separação acompanha toda a evolução do Direito, desde o período romano até a época atual. Com efeito, a separação entre um e outro sistema de normas processuais ocorre devido ao abismo sempre existente na evolução histórica entre o direito *privado* e o direito *público*, pois é possível dizer que o direito público *talvez tenha existido sempre, desde o nascimento mesmo do Estado*.⁵⁴⁰ Assim como a grande maioria dos conceitos e institutos jurídicos adotados pelos países do sistema *civil law*, de tradição romano-canônica, a causa da elaboração e aplicação de normas jurídicas diferenciadas para os casos em que presente o poder público em juízo segue a mesma tradição. Apesar de o direito romano apenas haver conhecido a noção *privatista* de processo e jurisdição⁵⁴¹, isto é, a elaboração do direito com a finalidade de reger as relações entre particulares, já no direito romano clássico tardio encontram-se, não obstante com certas limitações, o direito penal e determinados ramos do direito administrativo, visão esta passada ao direito germânico e medieval.⁵⁴²

⁵³⁸ Ressalta-se que a competência para edição de Medidas Provisórias é do Poder Executivo, conforme disposto no art. 62 da CF, isto é, a mesma esfera do poder para a qual estas “leis” são endereçadas. Exemplo amplamente citado e debatido é o da Medida Provisória n. 2.180 reeditada trinta e cinco vezes e após transformada em Lei, a qual estabelece regras diferenciadas aplicáveis ao poder público.

⁵³⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *O poder público em juízo*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

⁵⁴⁰ GORDILLO, Augustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 27.

⁵⁴¹ A *iurisdictio* exercida pelo juiz privado (*iudex*) não tinha poder de império, sendo as funções executiva e mandamental conferidas apenas ao pretor romano que as exercia através de procedimento de natureza administrativa, completamente distinto da jurisdição; assim, não se concebia um “controle” jurisdicional do poder de *imperium*, visto que a função exercida pelo magistrado romano era bem menos “nobre”.

⁵⁴² “Especialmente por essa razão, conforme conta a história, durante séculos o direito privado foi o único direito do continente europeu. As jurisdições instituídas ou reconhecidas pelo Estado só podiam desempenhar suas funções na esfera do direito privado. Se a Administração figurasse como parte do litígio, todo o sistema ver-se-ia falseado, tanto no plano da teoria quanto da prática. Na teoria, porque interesse público e interesse particular encontravam-se em planos distintos, não podendo ser medidos com o mesmo padrão; na prática, em virtude de constituir sério problema a possibilidade de os juízes proferirem suas decisões de modo imparcial e independente num litígio em que contendam Estado e particular. Somente o trabalho dos séculos aplainou tais inconvenientes, possibilitando a organização prática do procedimento contencioso-administrativo, de modo a oferecer garantias suficientes aos particulares”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 90-91).

Na Idade Média e com a passagem do Estado absolutista possível destacar o surgimento de alguns princípios que, apesar de idênticos, são figuras atinentes especificamente ao direito público, apesar de à época ainda não ser assim reconhecido: *Quod regis placuit legis et; the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire*, todos esgotando-se num único preceito jurídico estabelecido de um *direito ilimitado para administrar* e que significava, em contra-partida, a negação de qualquer direito ao indivíduo em face do Príncipe soberano.⁵⁴³ Assim, na esteira de Augustín Gordillo, apesar de nesta época ainda não existir um ramo do conhecimento jurídico a que se poderia denominar “direito público” não se pode sustentar que o mesmo não existia.⁵⁴⁴ E, com base nos princípios acima citados, durante a época das monarquias absolutistas o soberano não poderia ser levado perante os tribunais⁵⁴⁵, pois seus atos estavam acima do ordenamento jurídico⁵⁴⁶, o que apenas veio a ser admitido muito tempo depois do surgimento do Estado de Direito⁵⁴⁷ e ainda assim com certas limitações.⁵⁴⁸

⁵⁴³ Cf. DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 19.

⁵⁴⁴ Conforme ainda lição de Augustín Gordillo, é com o surgimento do primeiro Estado de Direito (Liberal) que reside germen do *moderno* direito público, consubstanciado no reconhecimento formal e universal dos direitos do homem frente ao Estado com a promulgação da “Declaração dos Direitos do Homem”, garantidora de direitos inalienáveis à pessoa humana contra possível cometimento pelos detentores do poder estatal de atos arbitrários e violadores das liberdades individuais. (GORDILLO, Augustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 28-29). Todavia, neste período, apesar do re-surgimento da noção de “cidadão”, a concepção privatista de direito ainda é fortemente enraizada, em especial com o advento do Código Civil de Napoleão, ou “carta jurídica do cidadão comum”, e início da era das codificações. Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 52-53).

⁵⁴⁵ Tal fato se fundamenta na irresponsabilidade do soberano, isto é, na impossibilidade do rei causar danos, vigendo nesta época o princípio da irresponsabilidade do Estado. (cf. GORDILLO, Augustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 30); ideologia esta ainda presente em determinadas matérias atinentes à atuação administrativa, como a discussão quanto à possibilidade de revisão judicial do “mérito” dos atos praticados pela administração pública.

⁵⁴⁶ Cf. DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 19.

⁵⁴⁷ Cf. GORDILLO, Augustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 29.

⁵⁴⁸ Conforme lição de Santi Romano: “O principal objeto da jurisdição é constituída pelas relações de direito privado e pela persecução dos crimes (com efeito, o poder Judiciário ordinário é constituído por tribunais cíveis e penas), o que implica que as pessoas normalmente submetidas à jurisdição são os indivíduos e as pessoas jurídicas privadas ou aquelas que em certas manifestações se igualam a esta últimas. Porém, além deste campo, que é o tradicional, recentemente o poder Judiciário tem-se estendido sobre entes públicos e sobre o próprio Estado (§1º, n. 5), e por esse motivo sobre matérias reguladas pelo direito público, principalmente administrativo; mas essa extensão, porquanto ampla, não é completa e deve ser entendida com algumas limitações”. (ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 390).

Não obstante, a partir do gradativo reconhecimento em determinados países da legitimidade de parte do Poder Público para integrar a relação jurídico-processual, seja ativa ou passivamente⁵⁴⁹, houve aplicação de normas processuais diferenciadas quando presente a Fazenda Pública (Estado-fiscal)⁵⁵⁰ em juízo, conforme se verifica em passagem de Rudolf von Jhering escrita nas últimas décadas do século XIX: *nestes casos a obrigação está sujeita às regras de direito público. A demanda já não segue as normas do processo civil, mas fórmulas especiais para este feito estabelecidas.*⁵⁵¹

De igual modo, apesar de no Brasil se adotar desde a promulgação da primeira Constituição republicana de 1891 o método da jurisdição judicial única⁵⁵², quando presente o Poder Público em juízo a relação jurídico-processual é regida por normas processuais específicas e diferenciadas, como o sistema constitucional de precatório para pagamento de dívidas oriundas de decisões judiciais (art. 100 da CF), o que ocorre por serem os bens públicos indisponíveis, inapropriáveis e inalienáveis. Também a ação de execução contra a pessoa jurídica de direito público é regida por regras diferenciadas estabelecidas nos arts. 730 e 731 do CPC as quais, ademais, não sofreram nenhuma alteração substancial em decorrência da recente reforma operada pela Lei nº 11.232/2005, entre outras normas jurídicas diferenciadas e instituidoras de privilégios vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵⁴⁹ Em França, por exemplo, sempre houve a dualidade de jurisdição, sendo a apreciação de questões relativas à Administrativa Pública sempre foram de feitas através contencioso administrativo (jurisdição administrativa) pelo Conselho de Estado, o que se dá devido ao apego ao princípio da separação dos poderes e pela desconfiança em relação aos juízes do velho regime. Afirma-se, contudo, que a construção do direito administrativo como ramo autônomo da ciência jurídica ocorre principalmente devido à elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês que se acaba por desenvolver inúmeros princípios informativos do direito administrativo, entre eles o da responsabilidade civil do Estado, os concernentes ao regime jurídico especial dos bens do domínio público, a teoria do desvio de poder, entre outros. Cf MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 98; e DI PITRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 22-23; CRETELLA JR, José. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 125-126.

⁵⁵⁰ Uma nota quanto ao termo “Fazenda Pública” faz-se necessária, de início. Fazenda Pública não é órgão específico das pessoas jurídicas de direito público, mas apenas denominação adotada para designar qualquer entidades estatais quando ingressam em juízo, isto é, a Fazenda Pública é a Administração Pública em juízo.

⁵⁵¹ JHERING, Rudolf von. *A evolução do direito*. 2ª ed. Salvador: Livraria Progresso, 1956, p. 362.

⁵⁵² Ressaltando-se que apenas durante a época do Império brasileiro houve a existência do denominado “contencioso administrativo” para apreciar causas entre o Estado e os particulares, a exemplo da dualidade de jurisdição até hoje vigente em França, através do Conselho de Estado. Cf. MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 98-99; GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça Administrativa*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 141-142.

De modo que a nomenclatura adotada através de proposta classificatória enfocada no direito processual tem como critério a qualidade das partes envolvidas no processo e as especificidades das normas jurídicas aplicáveis em cada caso, enfocado por este critério diferenciador. Assim, a denominação direito processual *privado* (tradicional) será utilizada aos casos que envolvam conflito de interesses entre *particulares*, pessoas comuns, físicas ou jurídicas; e a nomenclatura direito processual *público* aos casos litigiosos que tiverem presente(s) na relação processual *pessoa(s) jurídica(s) de direito público*, os quais são regidos por normas específicas e destinadas à direção da atuação do Poder Público em juízo⁵⁵³.

A importância de se dispensar um enfoque pontual ao abismo que separa a efetividade do direito processual *público* do direito processual *privado* resta ainda maior em tempos atuais, em que se vivencia constantes reformas no sistema processual *tradicional* voltadas a tornar o acesso à ordem jurídica adequada e efetiva uma realidade ao alcance de todos jurisdicionados, ou em outras palavras, vivencia-se na passagem do século XX para o século XXI verdadeira busca pela prestação de tutela jurisdicional célere, efetiva e adequada às necessidades apresentadas pelo caso concreto, através de mudanças paradigmáticas tendentes a transformar o processo em efetivo instrumento de proteção ao direito material violado ou ameaçado de lesão, conforme preceituado no art. 5º, inc. XXXV, da CF e, ainda, efetivo instrumento transformador da realidade social.

A *efetividade* do direito processual *público*, ademais, representa a própria *efetividade* do sistema democrático de direito vigente no país, por ser através do processo que se possibilita a intervenção judicial substitutiva como forma de promoção da justiça social e, assim, democratização da sociedade quando houver falha ou omissão das funções primeiramente destinadas à concretização dos programas de ação estabelecidos pela

⁵⁵³ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *O poder público em juízo*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 294.

Constituição Federal: função legislativa e, especialmente, a função executiva, por ser esta que de fato coloca *em prática* as políticas públicas tendentes a transformar a realidade social e a (re)distribuir bens e riquezas de modo adequado, no intuito teleológico de promover os próprios fins do Estado Democrático de Direito representados pelos interesses públicos *primários*⁵⁵⁴.

4.2 Técnica processual e tutela dos direitos sociais prestacionais

As técnicas tradicionais de tutela de direitos pensadas para garantia dos direitos liberais clássicos – liberdade e propriedade – não são adequadas para proteção dos “novos direitos”, das novas necessidades surgidas da dinâmica social, razão pela qual necessário auferir técnicas processuais capazes de realmente tutelar, de forma adequada, célere e efetiva, os direitos fundamentais que requeiram uma atuação positiva por parte do Poder Público, com vistas a concretizar, o máximo possível, os direitos sociais prestacionais destinados a garantir a existência digna da pessoa humana.⁵⁵⁵

Sem dúvida a Constituição Federal de 1988 mostra-se preocupada em assegurar a adequada proteção judicial dos direitos consagrados em seu corpo, ao viabilizar amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e ao estatuir garantias fundamentais destinadas a

⁵⁵⁴ A democratização social, fruto das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem a lume Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a *fazer parte da arena política*, isto porque o *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula de tribunais *ad hoc*) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil*. ANDRADE, L. (Org.). *A Constitucionalização do Direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003. p. 7).

⁵⁵⁵ Sobre o assunto: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, esp. p. 154-158.

resguardar além da esfera das liberdades públicas (como o mandado de segurança individual e mandado de segurança coletivo, *habeas corpus* e *habeas data*)⁵⁵⁶ instrumentos aptos a tornar efetivas as normas constitucionais e direitos fundamentais não regulamentados ou concretizados, como a ação de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Todavia, estes mecanismos constitucionais restaram como medidas aptas apenas a constituir em mora o órgão legislativo omissivo⁵⁵⁷ quando da não regulamentação (conformação) da norma constitucional consagradora de direitos fundamentais, o primeiro devido à própria função institucional⁵⁵⁸, o segundo em decorrência da interpretação lhe atribuída pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁵⁹, e o

⁵⁵⁶ O mandado de segurança é meio apto a tutelar direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, violado ou ameaçado de lesão por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público. Adquiriu *status* de garantia fundamental, sendo atualmente albergado no art. 5º, incisos LXIX (individual) e LXX (coletivo), da CF. Já o *habeas corpus* previsto no inc. LXVIII do art. 5º destina-se a proteger a liberdade de locomoção do indivíduo e a garantia fundamental do *habeas data* prevista no inc. LXXII do mesmo artigo visa: a) assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

⁵⁵⁷ Anote-se, porém, tese de Walter Claudius Rothenburg: “Todavia, a ausência de iniciativa pode, em casos extremos, escapar a qualquer justificação razoável, traduzindo um excesso de poder em sentido negativo (omissivo). O ordinário respeito que se deve ter pelas formalidades – constitucionalmente definidas – do processo legislativo choca-se com a intolerável omissão do titular da iniciativa, tendo-se de optar entre o obséquio à sua vontade caprichosa e a realização do comando constitucional material. Em tais casos-limites, atribuir a iniciativa legislativa a outrem pode representar a saída para uma regulamentação adequada da situação”. Todavia, necessário ressaltar que o autor não considera possível a substituição de sujeito no processo legislativo pelo próprio Judiciário. Este apenas autorizaria e abriria oportunidade de iniciativa a outros interessados, sem assumir ele próprio a intermediação normativa. (ROTHENGURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39-40).

⁵⁵⁸ A Constituição Federal enumera em seu art. 103 os legitimados a promover a ação de inconstitucionalidade, restritivamente: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Dispõe, ainda, no § 2º do 103 os efeitos de seu reconhecimento pelo STF: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” Assim, tal medida pode restar ineficaz já que não pode compelir o Legislativo (Poder competente) a legislar, ocasionando apenas a constituição em mora pela notificação deste Poder para que produza a norma necessária a tornar imediatamente aplicáveis as normas constitucionais que requeiram regulamentação ulterior. E concede, expressamente, o prazo de 30 dias para o órgão administrativo adotar a medida cabível.

⁵⁵⁹ A garantia fundamental do mandado de injunção, prevista no art. 5º, inc. LXXI, da CF, determina: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Extrai-se do seu enunciado que o mandado de injunção, verdadeiro remédio contra a ineficácia das normas programáticas não regulamentadas, o meio adequado a tornar viável a aplicabilidade imediata de todas as normas constitucionais, principalmente se interpretado com o disposto no § 1º do mesmo art. 5º que determina a aplicação imediata desta garantia processual. Não obstante, o debate resta inócuo visto o entendimento do

terceiro devido à sua regulamentação pela Lei nº 9.882/99 ter limitado sua impetração aos mesmos legitimados para ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I).

A questão limita-se, neste contexto, a discutir a possibilidade de o Poder Judiciário impor obrigação de fazer ao Estado-Administrador, obrigação esta consistente na concretização de um direito subjetivo público a prestações sociais materiais, fundamentado na previsão da obrigação social em lei orçamentária ou diretamente no texto constitucional, a exemplo do direito à educação fundamental (art. 208, I, CF), e de técnicas processuais adequadas a amparar (tutelar) de forma célere e eficaz o direito dos indivíduos em situações de urgência, nas quais estão em jogo o próprio direito à vida, a dignidade e autodeterminação da pessoa humana, em especial aquelas situações consideradas, conforme mencionadas no decorrer deste trabalho, de “limites éticos irredutíveis” e consistente na teoria do mínimo existencial.⁵⁶⁰

O avanço das técnicas processuais, como a expressa previsão em lei de técnicas tendentes a possibilitar a tutela jurisdicional na forma específica, com a utilização de medidas coercitivas e atípicas e outorga de eficácia mandamental às decisões judiciais dessa natureza, conforme disciplinado pelo art. 461 do CPC, sem dúvida representa instrumento hábil a amparar os novos direitos carentes de tutelas diferenciadas. De inegável importância como técnica de prestação de tutela dos direitos materiais na forma específica, igualmente, a ação civil pública⁵⁶¹, erigida a garantia fundamental pela Constituição Federal de 1988 (art. 129).

Supremo Tribunal Federal haver tolhido qualquer efeito concretizante do mandado de injunção ao equipará-lo à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Em outras palavras: tirou-se a razão de existir desta garantia fundamental. (Cf. STF: MI-107-3/DF, MI 95-RR, MI-323/DF e MI-361/RJ). E ainda, recente julgado: “[...] O mandado de injunção é ação constitutiva; não é ação condenatória, não se presta a condenar o Congresso ao cumprimento de obrigação de fazer. Não cabe a cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa. (STF, MI 689/PB, Rel. Min. Eros Grau, j. 7/6/2006, DJ 18/8/2006, p. 19).

⁵⁶⁰ Lembrando-se que o *mínimo existencial* não significa apenas necessidades vitais (garantia de vida), sendo noção mais ampla, estritamente ligada à noção de vida *digna*, de bem viver, apesar de garantir o direito fundamental à vida, em última análise, representar limite intransponível para a não ação estatal.

⁵⁶¹ Sobre o assunto Luiz Guilherme Marinoni: “Pensando-se em termos de procedimento adequado, cabe considerar, por fim, a necessidade de procedimentos que viabilizem a participação dos cidadãos, ainda que por

A efetividade da tutela jurisdicional contra o Estado-Administrador, ademais, representa a própria legitimidade do sistema democrático vigente no país, por ser verdadeiro fator de legitimação social do Estado brasileiro, que não existe por si mesmo, isto é, não tem uma finalidade intrínseca, mas é justificada sua criação como forma de proteger a dignidade da pessoa humana, pela necessidade de promoção da justiça social, erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades sociais, do bem-estar da comunidade brasileira e, de forma especial, proteger e concretizar os direitos fundamentais albergados no texto constitucional, expressa ou implicitamente (art. 5º, §2º da CF).

Assim, a relevância do tema cresce em dimensão e importância quando se trata de dotar a tutela jurisdicional que imponha ao Poder Público uma atuação positiva de técnicas hábeis e eficazes para proteção do direito material violado ou ameaçado de lesão, adiantando-se que a grande maioria das necessidades emanadas pelo meio social carecem seja prestada devida e adequada proteção jurisdicional através de medidas de urgência, devido à natureza dos deveres assumidos para com a sociedade ao se implementar no país um Estado democrático e social de direito, razão pela qual a tutela jurisdicional, não raro, deve deixar de lado a segurança jurídica para permitir a tutela do direito material antes da realização plena do direito de defesa.⁵⁶²

Este caminho, contudo, é tortuoso para qualquer estudo que, buscando um viés crítico, pretenda ser científico; mesmo que não se queira atribuir ao termo “ciência” a concepção enraizada pelo racionalismo e positivismo-dogmático. Destaca-se, dentre os fatores de extrema relevância quando se fala em efetividade da tutela jurisdicional contra o Poder

meio de entidades legitimadas, na defesa de direitos econômicos, sociais e culturais da sociedade (meio ambiente, direitos do consumidor, patrimônio histórico e cultural, direitos à educação e à saúde etc). São os procedimentos – caracterizados especialmente i) por deferir a entes coletivos a legitimação para a causa e ii) por tratar de forma extensiva da coisa julgada material – previstos no sistema que serve à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, composto pela Lei da Ação Civil Pública e pela parte final do CDC”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 2000).

⁵⁶² Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*: arts. 461, CPC, 84 CDC. 2ª ed., São Paulo: Revista do Tribunais, 2001, p. 32.

Público: o princípio secular da separação dos poderes revelado, por exemplo, na proibição de controle judicial sobre o *mérito* dos atos administrativos⁵⁶³; o regime constitucional de pagamento das dívidas públicas pela modalidade de precatório, o que afasta a possibilidade de execução forçada ou por sub-rogação contra o Estado-Administrador; o princípio da indisponibilidade⁵⁶⁴ e da supremacia do interesse público, este embora apresente novos contornos é constantemente invocado como fundamento para descumprimento de decisões judiciais pela administração pública e até mesmo como fator de suspensão de liminares e decisões contrárias ao poder público⁵⁶⁵, razão pela qual impossível a admissão de sua prevalência absoluta *a priori* mas, ao contrário, deve restar comprovada em juízo a efetiva existência de relevante interesse público (primário) que justifique a restrição de direitos do cidadão.

⁵⁶³ Sobre a definição de mérito dos atos administrativos: “Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada”. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 414).

A origem da proibição de controle ou interferência pelo Judiciário em questões relacionadas ao *mérito* dos atos administrativos deita raízes na Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que fixou as regras do controle judiciário sobre atos administrativos, determinando, no art. 13, que o controle judiciário se exercia sobre a *ilegalidade* do ato ou da decisão administrativa, tendo assim impossibilitado que a autoridade judiciária conhecesse e apreciasse o *mérito* do ato impugnado. (Cf. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça Administrativa*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p.142.)

Miguel Seabra Fagundes leciona que as Constituições de 1934 e 1937 dispuseram expressamente que o Poder Judiciário não poderia conhecer de *questões exclusivamente políticas* e que apesar das Constituições posteriores silenciarem a respeito entendia pela persistência da vedação, pois *aos poderes Legislativo e Executivo, a Constituição delega atribuições de cunho estritamente político, que, pela natureza específica, são incompatíveis com a interferência do Poder Judiciário*. (FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979).

E, por fim, cita-se Santi Romano: “Como vimos, os atos do poder Executivo são, em regra, salvo importante exceções, controláveis pelas autoridades jurisdicionais. [...] porém, não podem revogar ou modificar os atos do poder Executivo substituindo-se a este último; portanto, podem apenas julgar os seus efeitos e condenar a administração ao ressarcimento dos danos; além disso, o seu contrato é de mera legitimidade e não se estende ao mérito dos atos, ou seja, à sua justiça intrínseca, oportunidade e conveniência”. (ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 392).

⁵⁶⁴ Mister ter-se em mente porém que “não obstante, exceção administrativa mitigadora da indisponibilidade dos bens públicos é concedida pelo poder discricionário que em certos casos possibilita prática de ilícitos encobertos com capas de legalidade, pois “este é um exame de pura legitimidade e que impõe a fulminação dos atos – praticados embora *sub color* de (pretensão) exercício de discricionariedade – sempre que seja objetivamente demonstrável que a conduta adotada não foi a providência ótima almejada pela lei, pois, em casos que tais, não terá havido exercício de verdadeira discricção administrativa, mas terá ocorrido pura e simplesmente violação do Direito” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 48).

⁵⁶⁵ Sobre o assunto: VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Nesta linha argumentativa Paulo Fernando Silveira atenta para o fato do princípio da indisponibilidade do interesse público não ser fundamentação suficiente para o não reconhecimento, em juízo, dos interesses legítimos dos administrados, fato que leva muitas vezes à procrastinação da aceitação e cumprimento das demandas judiciais pelo Poder Público. Assim manifesta o Autor:

É ilógico o raciocínio segundo o qual o administrador pode e deve reconhecer, administrativamente, um direito, mediante a documentação que lhe é apresentada, mas não pode fazer o mesmo em juízo, quando evidente o direito do autor, porque está proibido pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. É totalmente incoerente e inaceitável o argumento, pois a indisponibilidade decorre da lei, não tendo assento constitucional. Esse princípio aplicado *tout court* agride a moralidade administrativa e, em consequência, o devido processo legal⁵⁶⁶.

Da mesma forma denota Juarez Freitas que:

Não consulta o interesse público, v.g., que persista o modelo iníquo de desobediência às ordens judiciais pela Administração Pública, incorrendo no abuso de recursos judiciais meramente protelatórios. [...] A separação dos poderes não pode servir de biombo ou argumento para o desacato ou o crônico descumprimento das decisões judiciais e acintoso menoscabo contra os direitos da cidadania⁵⁶⁷.

Por outro lado, em regra, a execução contra o Poder Público não é passível de medida executiva por expropriação de dinheiro ou bem público, enquadrada esta impenhorabilidade no disposto no inc. I, art. 649 do CPC, que trata dos bens absolutamente impenhoráveis⁵⁶⁸, pelos arts. 98 a 103 do CC, estando discriminados os bens pertencentes ao Estado pelo art. 20 da CF.⁵⁶⁹

De modo que a decisão judicial que determine a entes de direito público o cumprimento de decisões judiciais na forma específica ou pelo equivalente em pecúnia,

⁵⁶⁶ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal* (due process of law. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 77.

⁵⁶⁷ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 54.

⁵⁶⁸ A penhora de bens considerados absolutamente impenhoráveis constitui nulidade processual absoluta e pode ser alegada em qualquer fase ou momento processual e inclusive ser apreciada de ofício pelo juiz (RT 787/189).

⁵⁶⁹ Atualmente encontra-se sustentação de tese no sentido da possibilidade seja penhorado, por exemplo, bens públicos dominiais não diretamente vinculados à prestação de serviço público Alberto Nogueira, cita exposição de Ricardo Perlingeiro em palestra realizada na Faculdade de Direito de Niterói – UFF em 11.04.2000, tecendo o seguinte comentário: “dentre outras judiciosas análises, abre uma discussão bastante rica, quando propõe a penhora em relação aos bens dominiais públicos não afetados diretamente ao serviço público” e no mesmo sentido trabalho de Francisco Vildo Lacerda Dantas. (NOGUEIRA, Alberto. *Viagem ao Direito do Terceiro Milênio*: justiça, globalização, direitos humanos e tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 139-140).

esbarram, no campo dogmático jurídico, em diversos fatores de ordem fático-material, econômica e, ainda, legal, razão pela qual é sobre esta problemática que desenvolver-se-á os seguintes tópicos, por ser no âmbito do direito público, em razão da importância e peculiaridades de direito material (direitos sociais a prestações fáticas) e, principalmente, das especificidades das regras processuais *públicas*, que o problema da adequação e efetividade da prestação jurisdicional merece maior atenção no limiar deste século.⁵⁷⁰

4.3 A tutela específica

A previsão das “tutelas específicas” no sistema processual pátrio, em especial disciplinadas nos arts. 461, 461-A do CPC e art. 84 do CDC,⁵⁷¹ outorgam amplitude de poderes ao juiz para compelir o devedor da obrigação de fazer, não fazer ou entregar (dar) ao cumprimento na forma específica, isto é, voltados a possibilitar o auferimento *in natura* do bem jurídico pretendido pelo autor e não apenas seu equivalente *in pecúnia* (perdas e danos) como o faz a técnica de reparação oriunda do direito processual civil clássico, tutela ressarcitória.⁵⁷² Conforme preleciona Marcelo José Magalhães Bonício:

O termo “tutela específica”, no atual estágio da ciência processual, não significa apenas uma particularidade da tutela prestada, nem tampouco uma situação especial, mas sim um novo complexo de mecanismos legais que devem ser guiados por uma mentalidade igualmente nova, diferente daquela que costumamos observar no sistema processual clássico. Quando estes mecanismos são, de fato, guiados por

⁵⁷⁰ Segundo Fábio Cardoso Machado: “Aliás, no âmbito do direito público o problema da adequada tutela assume vulto ainda maior. Aos direitos sociais e a outros equivalentes correspondem pretensões positivas dirigidas aos poderes públicos para o fim de obter, conforme ADOLFO DI MAJO, comportamentos e iniciativas capazes de criar condições, de direito e de fato, para inicie um processo de atuação concreta de tais direitos. Mesmo dos direitos fundamentais, aos quais em regra correspondem pretensões negativas, podem surgir diversas pretensões positivas, tendentes a obter prestações públicas capazes de garantir efetivamente a inviolabilidade da esfera individual. Aos direitos difusos e coletivos podem corresponder, igualmente, diversas pretensões positivas, mesmo que as prestações devidas não beneficiem sujeitos determinados. Nestes casos todos, a jurisdição deve dispor dos meios para alcançar, aos sujeitos protegidos, os diversos bens que se teriam obtido através dos comportamentos omitidos: o mais breve possível, independentemente da colaboração do demandado. (MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 218).

⁵⁷¹ A possibilidade de sua utilização também é prevista de forma expressa pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 213), Estatuto do Idoso (art. 83) e Lei da Ação Civil Pública (art. 11).

⁵⁷² Conforme dispunha o Código de Napoleão, em seu art. 1.142: “toda obrigação de fazer ou não-fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de inadimplemento do devedor”.

uma mentalidade moderna, conseguem fornecer ao tutelado exatamente aquilo que ele busca, otimizando assim a prestação do serviço jurisdicional.⁵⁷³

O cumprimento da prestação na forma específica, nos dizeres de José Carlos Barbosa Moreira, é *ordenada a proporcionar ao credor aquilo mesmo a que se reconheceu ter ele direito, e não mero “sucedâneo”*.⁵⁷⁴ De modo geral, conforme discorre José Eduardo Carneira Alvim:

A obrigação *de fazer* é aquela que tem por objeto a prática de um ato pelo devedor; a obrigação *de não fazer* é aquela que tem por objeto uma abstenção (omissão) do devedor, ou uma tolerância deste no sentido de “não oferecer resistência a fato natural, ou à atividade de outrem, ou a resultado desta ou daquele”.
Diversamente da obrigação de dar, em que a prestação incide sobre *coisas*, nas obrigações de fazer ou não fazer é um comportamento, positivo ou negativo, do devedor.⁵⁷⁵

A previsão de técnicas de prestação da tutela na forma específica revela que o legislador brasileiro não está alheio aos reclamos pela *efetividade* do processo civil contemporâneo, mas ao contrário, que está em conformidade com as tendências atuais e evolução das instituições e conceitos da ciência processual civil, de forma a adequar a tutela processual às necessidades do caso concreto, através da re-aproximação do direito processual ao direito material e a concretização do(s) direito(s) no plano empírico, mesmo com adoção de medidas coercitivas capazes de convencer o obrigado ao cumprimento da decisão judicial, como a multa e outras medidas executivas atípicas (art. 461, §4º e 5§), possibilitando-se, ainda, seja concedida antecipação dos efeitos da tutela específica final (art. 461, §3º).⁵⁷⁶ Fica claro, nas palavras de Kazuo Watanabe, *que na obtenção da tutela específica da obrigação de*

⁵⁷³ BONICIO, Marcelo José Magalhães. Reflexões sobre a nova tutela relativa às obrigações de entregar coisa certa ou incerta. *Revista dos Tribunais*. ano 92, vol. 811, p. 80, maio.2003.

⁵⁷⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. 4ª Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 236.

⁵⁷⁵ CARREIRA ALVIM, J.E.. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 53-54.

⁵⁷⁶ Cf. Cassio Scarpinella Bueno: “O instituto da tutela antecipada, neste contexto, ganha muito em interesse, eis que é voltado, também, à fruição *in natura* dos bens colocados em juízo antes do proferimento da decisão final. Neste sentido, os §§1º, 4º e 5º do artigo 461 do CPC (redação da Lei 8.952/94) são inequívocos. Esta ‘antecipação é, como acentuamos de início, tendência universal do processo civil, à qual, felizmente, não se mostrou indiferente o legislador brasileiro” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança*: um tema com variações. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 30-31).

*fazer ou não fazer, o que importa, mais do que a conduta do devedor, é o resultado prático protegido pelo Direito.*⁵⁷⁷

A questão, portanto, é se estas técnicas processuais que possibilitam o cumprimento da obrigação na forma específica são passíveis de aplicação em ações contra o Poder Público e em qual medida a *efetividade* do processo civil *público* pode ser otimizada em ações desta natureza, inclusive mediante *intervenção* do Poder Judiciário em áreas até recentemente relegadas com exclusividade ao poder discricionário - conveniência e oportunidade – dos administradores e legisladores públicos.⁵⁷⁸

De um modo geral, é reconhecida pela doutrina⁵⁷⁹ e jurisprudência a possibilidade da inclusão dos entes estatais com personalidade de direito público - União, Estados, Municípios, autarquias e fundações - na polaridade passiva de demandas que visem o cumprimento de obrigação na forma específica⁵⁸⁰, inclusive com concessão de tutela antecipada em desfavor do Poder Público, nos termos estatuídos pelo §3º do art. 461.⁵⁸¹

⁵⁷⁷ WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 772.

⁵⁷⁸ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira ao analisar as possibilidades de atuação do sistema brasileiro em face de outros sistemas comparados, conclui “desfrutar o Judiciário brasileiro de uma área muito maior do que a atribuída ao Judiciário europeu-continental, com amplitude mais extensa mesmo em face dos países atrelados ao sistema do *common law*. Nesses sistemas, embora a atividade da administração pública, possa, eventualmente, sujeitar-se ao controle do juiz ordinário, tal controle esbarra de modo geral nas seguintes limitações: a) circunscreve-se à violação da lei ao vício de incompetência (*ultra vires*), não se estendendo em regra ao excesso de poder; b) não comporta o poder de anular ou suspender o ato administrativo, impedindo portanto o órgão julgador de proferir sentença de natureza constitutiva, conferindo-lhe apenas a possibilidade de emitir sentença condenatória, com vistas ao ressarcimento dos prejuízos, *ou injunction, writ* ou *order* para compelir a adimplemento específico; c) não é admitido em relação às matérias de competência dos órgãos contenciosos administrativos, encarregados da solução das controvérsias dos indivíduos com a administração (*Administrative Tribunals, Comissions*); d) tolera limites na responsabilização direta da administração”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 102-103).

⁵⁷⁹ “Tanto os entes públicos quanto os privados podem ser sujeitos passivos de obrigações de fazer e não fazer e, como tais, réus na ação de cumprimento do artigo 461, podendo ser contra eles deferida a tutela liminar, preenchidos os requisitos legais (artigo 461, §3º). Essas obrigações são, na maioria das vezes, legais, mas nada impede sejam também convencionais. A Administração Pública não pode furtar-se ao cumprimento *específico* de suas obrigações, quando possível a sua realização por essa forma, ao fundamento de que as suas omissões convertem-se em perdas e danos. O princípio diretivo das obrigações de fazer ou não fazer é o mesmo, tudo dependendo da natureza da obrigação.” (CARREIRA ALVIM, J.E.. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 46-47).

⁵⁸⁰ “Não é só quanto às obrigações de fazer ou não-fazer a Fazenda se sujeita a esse regime, mas também quanto às de entregar; não só as *astreintes* são aplicáveis a ela, mas todo o regime ditado nos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil. Qualquer tratamento diferenciado nessa matéria seria um privilégio inconstitucional e antidemocrático. Tratando-se de assegurar o equilíbrio entre os valores da autoridade do Estado e da liberdade dos particulares, é indispensável impor aos órgãos estatais o cumprimento específico do que, mediante a

De fato a questão é pacífica quando a tutela jurisdicional se destinar a ordenar um *agir negativo* (um não-fazer) por parte do Estado, o que ocorre até mesmo em decorrência da própria cultura jurídica brasileira, herdeira legítima da ideologia do Estado Liberal que visa garantir plena liberdade individual em face dos atos estatais⁵⁸², inexistindo qualquer restrição à concessão de tutela jurisdicional que ordene (tutela mandamental) ao Poder Público se abster de praticar determinado ato (conduta negativa, omissiva).

O mesmo não ocorre, contudo, quando a pretensão jurisdicional objetivar conduta positiva, um fazer por parte do Poder Público, posto a questão resvalar nos princípios da separação dos poderes e da reserva orçamentária.⁵⁸³ Entretanto, no atual contexto social vivenciado no Brasil é justamente a carência de prestações estatais positivas um dos principais motivos disseminadores da desigualdade e injustiça sociais. O próprio art. 3º da CF prevê obrigações de fazer contra o Poder Público.⁵⁸⁴

observância da cláusula *due process* em um processo regular, houver decidido o Poder Judiciário”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. IV, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 468)

⁵⁸¹ “Se, como as recentes modificações trazidas ao Código de Processo Civil estão a evidenciar, de acordo com as premissas firmadas da ciência processual contemporânea, a realização *in natura* do bem jurídico questionado é garantida (é *valorada*) em primeiro plano pelo legislador, sendo a conversão do bem jurídico *sub iudice* em seu sucedâneo patrimonial meramente facultativo (em lides que, de resto, espelham relações de direito privado) ou, por óbvio, na impossibilidade de realização daquela prestação, com muito maior força de razão, considerados seu berço constitucional e sua gênese de ação potencializada contra os abusos do Poder Público ou de quem esteja autorizado a agir enquanto Poder Público para o cumprimento de determinadas *funções*, que a liminar em mandado de segurança (cuja cognição, como será visto mais abaixo, envolve, necessariamente, um grau de cognição maior que o das liminares concedidas em ações cautelares ou com fulcro no poder geral de cautela do juiz – CPC, artigo 798), bem como a sentença final proferida, devem resguardar a proteção *in natura* do bem em questão”. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27).

⁵⁸² LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, esp. p. 367 e ss..

⁵⁸³ Luiz Guilherme Marinoni enfocando o assunto com relação à possibilidade de tutelas inibitórias em face do Poder Público assim se manifesta: Não há razão para não admitir tutela inibitória positiva contra o Poder Público. Em outras palavras, não há razão para não admitir tutela jurisdicional que ordene o Poder Público não praticar determinado ato, não repetir a prática de ilícito, ou mesmo não continuar praticando ato contrário ao direito. Quando se pensa em tutela inibitória positiva, contudo, a questão se complica. Isto porque, em se tratando de conduta omissiva do Poder Público, entram em consideração os princípios da separação dos poderes e da reserva orçamentária, que poderiam constituir obstáculos para se admitir uma tutela voltada a impor ao Poder Público uma conduta positiva. (MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela Específica*: artigo 461, CPC e 84, CDC. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 117)

⁵⁸⁴ Neste sentido Jônatas Luiz Moreira de Paula: “A leitura do artigo 3º, da CF, não deixa dúvidas: é dever do Estado, inclusive da jurisdição, realizar a justiça social. Interessante que a realização da justiça social, como adiante se verá, ou de se dará mediante uma atividade de fazer ou se dará mediante uma atividade de não fazer”:

Na doutrina pátria Pedro da Silva Dinamarco assevera que:

Assim, se compete ao Poder Executivo decidir a respeito de determinado assunto, é vedado ao Poder Judiciário invadir o âmbito dessa competência, determinando à Administração as linhas de sua atuação no campo econômico e social e interferindo em opções estritamente políticas, salvo quando houver manifesta ilegalidade.

[...] Assim, se o pedido da ação civil pública visar à imposição de uma destinação específica a ser dada ao dinheiro público, mormente quando as verbas não forem aplicadas em setores vitais e mais carentes (p.ex., saúde, habitação, educação, etc.), a demanda será juridicamente impossível.⁵⁸⁵

José Eduardo Carreira Alvim ao analisar a hipótese da pretensão de um cidadão (pretensão usuário) em pleitear em juízo a instalação e execução de algum serviço público inexistente em determinado local, posiciona-se pela impossibilidade de interferência do Judiciário por envolver a hipótese análise do *mérito* administrativo: *o que não se conhece ao pretensão usuário é o interesse em acionar o Poder Público, com base no art. 461, para que promova a execução dos serviços públicos, inexistentes no local, para possibilitar o seu uso, pois essa providência está fora da interferência do Poder Judiciário.*⁵⁸⁶

Contudo é preciso frisar que os atos da Administração Pública são vinculados aos princípios constitucionais, como os princípios da legalidade, eficiência, moralidade e impessoalidade (art. 37, *caput*, CF), o que permite a revisão judicial de todo e qualquer ato praticado pela Administração Pública.⁵⁸⁷ Assim, no exemplo acima, a decisão administrativa que negue a instalação ou execução de determinado serviço público em determinado local deverá estar suficientemente motivada⁵⁸⁸, pois caso haja preterição apenas

(PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002, p. 173).

⁵⁸⁵ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 193-194.

⁵⁸⁶ CARREIRA ALVIM, J.E.. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 49.

⁵⁸⁷ Cf. APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 120.

⁵⁸⁸ Eduardo Appio ensina que “A motivação dos atos administrativos, muito embora não se encontre prevista de modo expresse na CF/88, é decorrência direta do princípio da publicidade, o qual aplicado em sua eficiência máxima, infunde ao administrador o dever de expor os motivos pelos quais optou por uma das soluções juridicamente possíveis, de modo a possibilitar um controle por parte da sociedade. O papel de motivação dos atos administrativos exerce na consolidação da democracia consiste em assegurar que todos os atos discricionários sejam passíveis de revisão judicial, nos casos em que os cidadãos se sintam lesados com a opção feita pelo administrador público. A liberdade conferida pelo legislador ao administrador público é, portanto, equilibrada pelo dever de motivação”. (APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 129).

daquele determinado local, especificamente, de forma injustificada, entende-se pela possibilidade do Poder Judiciário intervir para obrigar o Poder Público a estender o fornecimento ou prestação do serviço público ao local arbitrariamente preterido.

Como visto, a satisfação dos interesses jurídicos denominados direitos sociais a prestações fáticas (materiais), por exemplo, exigem atividades comissivas (fazer, agir) por parte do Poder Público, destinadas a realização de políticas públicas de conteúdo social com vistas a proporcionar condições mínimas para existência digna do indivíduo, o que exige atuação do poder público voltada à concretização dos direitos a prestações sociais consagrados na Constituição Federal brasileira, dentre eles a saúde, a educação, a moradia e assistência social (art. 6º da CF). De qualquer modo, o dever de prestar os denominados direitos sociais prestacionais constitui obrigação de fazer fungível.⁵⁸⁹

Chegado a este ponto, a questão consiste em saber se as regras processuais pertencetes ao “estatuto das tutelas específicas”, disciplinadas no art. 461 do CPC (aplicável via jurisdicional “ordinária”) e em outros dispositivos disseminados na atual sistemática processual satisfazem a necessidade de medidas processuais aptas a tutelar adequadamente os direitos sociais materiais fundamentais consagrados no texto constitucional⁵⁹⁰. Nota-se, primeiramente, no que pertine aos direitos sociais prestacionais em sentido amplo concernente a prestação jurídica (normativa) pelo Estado, é inaplicável o art. 461 do CPC, posto que apesar da atividade legiferante do Estado consistir em obrigação de fazer, não é possível o emprego deste artigo para induzir o destinatário (legislador) ao cumprimento da prestação normativa, em razão da expressa previsão constitucional de remédios processuais específicos

⁵⁸⁹ Nas palavras de João Pedro Gebran Neto: “Os direitos a prestações em sentido estrito são direitos de receber do Estado algo que o indivíduo poderia obter de particulares se possuísse meios financeiros suficientes e encontrasse no mercado uma oferta suficiente.”(GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 149).

⁵⁹⁰ “O cabimento da efetivação judicial dos direitos sociais a prestações estatais, no entanto, é alvo de dúvidas e restrições. A aplicabilidade (direta ou subsidiária) das regras do artigo 461 na concretização jurisdicional das prestações estatais positivas depende da prévia verificação da possibilidade e – sendo afirmativa a primeira resposta – dos limites da tutela de tais direitos em juízo”. (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Artigo 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 137)

contra a mora na regulamentação infraconstitucional: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF) e o mandado de injunção (art. 5º, inc. LXXI, CF)⁵⁹¹.

Luis Roberto Barroso entende que *em toda hipótese de direito subjetivo vulnerado* é viável sua *tutela específica*, consistente na utilização de técnica processual eficaz para se atingir o cumprimento específico ou o mesmo resultado prático equivalente ao adimplemento voluntário da obrigação pelo Poder Público, hipótese em que o titular do direito pode recorrer ao Judiciário para obrigar o Estado-administrador a cumprir seu dever de prestar o direito social positivo, como a educação primária, obrigatória e gratuita, cuja efetivação é *direito* de todos e *dever* do Estado, conforme assegurada no art. 205 da CF⁵⁹². Entendimento com o qual corrobora Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁹³.

Também Eduardo Talamini, ao discorrer sobre o assunto, entende que os direitos sociais como a saúde e o ensino fundamental, por exemplo, são direitos subjetivos públicos e assim aplicáveis imediatamente e sem necessidade de regulamentação por normas infraconstitucionais, razão pela qual incidem diretamente no caso concreto através de sua aplicação pelo Poder Judiciário, revelando-se adequada, para tanto, a tutela prevista no art. 461 do CPC:

Os direitos sociais à saúde e ao ensino fundamental, por exemplo, podem ter sua efetividade atingida através da tutela fundamental (inclusive, de caráter individual), independentemente de amparo em regras infraconstitucionais. São inúmeras as decisões que, reconhecendo um direito subjetivo público à saúde, impõe ao Estado o dever de prestar tratamento médico adequado, fornecer remédios e aparelhos médicos a quem deles precise, a despeito de não haver específica previsão infraconstitucional. E, para estas situações, revela-se adequada a tutela prevista no artigo 461, a ser operada em processo comum de conhecimento: a possibilidade de concessão antecipada da proteção (§3º) normalmente necessária nesses casos, e o amplo leque de medidas empregáveis para sua concretização (§§4º e 5º) constituem um meio processual à altura da relevância do direito material em jogo. A via

⁵⁹¹ Cf. TALAMINI, Eduardo, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Artigo 84)”. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148.

⁵⁹² BARROSO, Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7ª ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2003, p. 148-149.

⁵⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 308.

jurisdicional “ordinária”, ora significativamente reforçada, está apta a proteger tais situações carentes de tutela”.⁵⁹⁴

É este, ademais, entendimento que em épocas recentes vem adotando os Tribunais pátrios, conforme reiteradas decisões impondo ao Poder Público a obrigação na prestação de direitos materiais sociais a pessoas carentes, como o fornecimento de medicamentos para tratamento de doença grave de forma individualizada, a uma única pessoa⁵⁹⁵. Assim, é reconhecido pelos Tribunais pátrios, também nestes casos, a existência de um direito subjetivo à saúde, acionável judicialmente por um único indivíduo.

⁵⁹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Artigo 84)*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 139-140.

⁵⁹⁵ Supremo Tribunal Federal: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS: FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES: OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I – Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita: obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes. II- Agravo não provido”. (STF, Ag.Reg. no Ag.Inst. 486.816-1/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 12/04/2005).

“PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUENCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOA CARENTE.

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.” (STF, AG(Ag.Reg.) nº 271.286, 2ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 24/11/2000)

Destaca-se, portanto, importante labor jurisprudencial no sentido de eficacizar e efetivar os direitos sociais prestacionais, aplicando diretamente este direito material previsto no texto constitucional ao caso concreto, isto é, sem necessidade da regulamentação pelo legislador infraconstitucional (*interpositio legislatoris*) ou de prévia e específica inclusão de receita no orçamento público. Tal atividade prospectiva, possibilitada em decorrência da instrumentalidade conjugada com a dimensão áxio-política do processo, revela o papel da Jurisdição como elemento de inclusão social, isto é, uma atividade jurisdicional prospectiva condizente com os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro no pacto social de 1988.⁵⁹⁶

Por outro lado, no que atine aos “direitos derivados a prestações” ou “direitos derivados de participação” (*derive Teilhaberecht*, na doutrina alemã), tem aplicabilidade o *princípio da proibição de retrocesso social*, isto é, concretizada a política pública, surge para qualquer cidadão o direito subjetivo (juridicamente exigível, portanto), de igual acesso aos bens e serviços ofertados pelo Estado, sendo vedada qualquer discriminação em razão de condições pessoais, de modo que o princípio da proibição de retrocesso é derivado do princípio da igualdade⁵⁹⁷. Também nesse caso, o cidadão, individual ou coletivamente considerado, preterido no fornecimento ou prestação de bens e serviços pelo poder público, poderá acionar o Judiciário com fulcro no art. 461 do CPC.⁵⁹⁸

4.3.1 Ação individual

⁵⁹⁶ Cf. PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002, esp. p. 87-88.

⁵⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 278-283.

⁵⁹⁸ Cf. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Artigo 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 146-147.

Verificada a possibilidade de se exigir judicialmente o cumprimento de um direito social prestacional na forma específica, com respaldo no art. 461 do CPC, isto é, via jurisdicional “ordinária”, convém analisar algumas possibilidades de tutela individual, visto que todo titular de um direito subjetivo público pode compelir o Estado ao cumprimento da respectiva obrigação na forma específica em juízo. Ademais, anota Flávia Piovesan⁵⁹⁹, as demandas que visam a prestação positiva de um direito social são, na grande maioria, individuais. Entende que o motivo está relacionado, sobretudo, a uma estratégia de litigância, haja vista o risco de uma ação coletiva ser rejeitada pelo Poder Judiciário devido, primordialmente, ao *amplo impacto social de uma decisão de alcance coletivo*.

Conforme ressaltado supra, inúmeros são os exemplos atuais de implementação desses direitos prestacionais através de determinações impostas pelo Poder Judiciário, em especial na área da saúde, educação e assistência social e para proteção (indireta) do direito à vida e à dignidade da pessoa, considerados estes como “núcleo essencial dos direitos sociais” por Pablo Lucas Verdú⁶⁰⁰, juntamente com o direito à integridade física e moral, a liberdade pessoal e a participação, este como postulado que se ajusta a todo o regime autenticamente democrático. Assim, todo brasileiro ou estrangeiro residente no país (art. 5º, *caput*, CF) poderá pleitear a implementação judicial dos direitos sociais prestacionais desde que preencha os requisitos necessários à concessão do respectivo direito fundamental.

Cita-se, nessa perspectiva, reconhecimento judicial com base no princípio da razoabilidade e da isonomia, do direito do idoso ou portador de deficiência em receber o benefício de prestação continuada através da exclusão no cômputo da renda *per capita* familiar a que se refere a LOAS do valor relativo a qualquer benefício previdenciário ou

⁵⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. In: *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Antonio de Menezes. (Org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 261.

⁶⁰⁰ VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 209.

assistencial igual ao salário mínimo recebido por outro membro da família, ao contrário do que uma interpretação literal e restritiva do art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, poderia supor.⁶⁰¹ Em que pese ainda haver tendência fundada em uma ótica conservadora, embora minoritária, segundo a qual em um núcleo familiar composto pelo demandante e seus pais, estes beneficiários de aposentadorias, entendeu-se pela cassação da decisão reclamada na parte em que concedia o benefício assistencial ao demandante em desacordo com os requisitos objetivos previstos no art. 20, §3º, da Loas.⁶⁰²

Práxis emancipatória também demonstrada pelo Superior Tribunal de Justiça refere-se à extensão e concessão do benefício de prestação continuada a portador do vírus HIV incapacitado tanto para o trabalho e sem recursos para o próprio sustento, com base no art. 20, §2º, da Loas, mesmo havendo no caso laudo médico-pericial atestando a capacidade para a vida independente, por entender estar fundamentado este laudo no simples fato de a pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, haja vista que, persistindo esta conceituação para vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência que não pudessem se locomover.⁶⁰³

Inúmeros outros julgados demonstram a preocupação na tutela das pessoas carentes e portadoras do vírus HIV/AIDS, através da imposição ao Estado da responsabilidade pela assistência farmacêutica e médico-hospitalar, em especial pela prestação gratuita de medicamentos para tratamento da doença através de tutela de urgência, devido à gravidade das conseqüências acarretadas por tal moléstia.⁶⁰⁴ A importância de se comentar esta práxis jurisdicional prospectiva reside no fato de, a princípio fundamentada no direito subjetivo

⁶⁰¹ Nesse sentido: STF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Rcl. 4154/SC, J. 24/03/2006, DJ. 31/03/2006, p. 45; STF, RE 480265/RN, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ. 16/03/2006; STF, Rel. Min. EROS GRAU, Rcl. 4270/RN, DJ. 17/04/2006, DJ. 25/04/2006, p. 9.

⁶⁰² STF, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Rcl. 4261/RS, J. 17/04/2006, DJ. 25/04/2006, p. 26.

⁶⁰³ STJ, Rel. Min. GILSON DIPP, REsp. 360202/AL, DJ. 1/7/2002, p. 377; RSTJ 168/508.

⁶⁰⁴ STF, RE 256.327-7/RA, Rel. Min. MOREIRA ALVES, D.J. 13/9/2002; STJ, Resp. 325337/RJ; Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ. 3/9/2001, p. 159, RSTJ 152/149.

público à saúde e à vida do doente destituído de recursos financeiros, acabou, com a reiteração dos precedentes judiciais, por mobilizar o legislador na elaboração e aprovação da Lei nº 9.313/96 que regulamenta a matéria.⁶⁰⁵ Todavia, tutelas específicas diferenciadas ainda são necessárias, haja vista as reações adversas de cada organismo e de resistência do vírus a determinados medicamentos⁶⁰⁶, como exemplifica casos em que os medicamentos fornecidos pelo sistema público de saúde (SUS) não serem adequados e eficazes ao tratamento de individualizada pessoa⁶⁰⁷, entendendo-se pelo dever do Estado em fornecer medicamento mesmo ainda não registrado no Brasil.⁶⁰⁸

Demais disso, a Lei nº 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde, em seu art. 7º, inc. II, dispõe ser atribuição do Sistema Único de Saúde (SUS), a integralidade da assistência à saúde, entendida como conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos ou curativos, seja *individual ou coletiva, exigidos para cada caso* em todos os níveis de complexidade, sendo, pois, dever do Estado formular e implementar políticas públicas sociais

⁶⁰⁵ “[...] À elaboração legislativa conjuga-se a adoção de políticas públicas consideradas, atualmente, exemplares no tratamento da Aids, compreendendo o protagonismo do Brasil na esfera internacional, com destaque à iniciativa no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da ONU de propor uma resolução, ao final aprovada, considerando o acesso a medicamentos para a Aids, malária e tuberculose como um direito humano fundamental, o que acabou por contribuir para o pleito da quebra de patentes da produção de medicamentos para a Aids, no âmbito da Organização Mundial do Comércio”. (PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas*. In: *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Antonio de Menezes. (Org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 261-262).

⁶⁰⁶ Patrick Paul demonstra a importância de tomar cada caso de forma isolada: “É preciso, em primeiro lugar, lembrar que a política de saúde pública exige dos indivíduos que façam adesão aos seus próprios valores. Essa política pode esperar, em boa consciência ou, às vezes, com algumas idéias defasadas, manipular a informação e a comunicação, para se fazer ouvir. Mas ela ignora freqüentemente a abordagem local ou individual dos problemas que freqüentemente necessitariam de uma educação individual caso a caso. De outra parte, hoje a credibilidade da ciência da medicina está facilmente comprometida. Importa não esconder as verdades, responsabilizar e dar autonomia da melhor maneira a cada um dos atores, mas também não privilegiar o todo social em detrimento do indivíduo. Essa atitude redução/generalização gera um certo número de riscos, de efeitos perversos, de doenças iatrogênicas que acabam por carregar o descrédito sobre a ação geral. A melhoria dos resultados passa por uma estratégia que possa raciocinar em termos de paradoxo. Atualmente as representações coletivas refutam ou negam encaminhamentos individuais, o que acarreta conseqüências”. (PAUL, Patrick. *Saúde, ambiente e transdisciplinaridade*. Tradução de Nivaldo A. Goularte. *Revista Ciências Humanas*. Criciúma, vol. 7, n. 2., p. 59-60, jul./dez.2001)

⁶⁰⁷ Neste sentido trecho do acórdão da lavra do Min. José Delgado: “[...] 3. A assertiva do Estado de que o NPH possui efeito equivalente a Novorapid, com Caneta Novopen e Insulina Cantus além de Glucagen e açúcar líquido não infirma o laudo médico acostado aos autos que afirma que a insulina NPH não produzirá o efeito necessário ao controle da doença da requerente”. (STJ, MC nº 11.120/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ. 8/6/2006).

⁶⁰⁸ STJ, RESp. 684.646/RS, Rel. LUIZ FUX, DJ. 30/5/2005. No caso o estadunidense VIREAD (TENOFVIR).

e econômicas idôneas a garantir a todos o pleno acesso à saúde, através do tratamento mais adequado e eficaz, capaz de proporcionar ao indivíduo, em especial ao hipossuficiente, uma vida digna. Nessa ótica não pode o Poder Judiciário ser cúmplice ou complacente com omissões inconstitucionais. Em especial quando em jogo bens de extrema relevância social.

Em casos tais, através do método ponderativo privilegia-se a vida, a saúde e a dignidade humana em detrimento de questões orçamentárias e de interesse financeiro do Estado (interesse público secundário), solução que mais se conforma com os anseios da sociedade (interesse público primário) e confere legitimidade ao Estado democrático brasileiro, pois, na esteira de Celso Lafer, situações-limite como a pobreza e a miséria são *destrutivas da humanidade do homem*.⁶⁰⁹ Situações em que se entende possível um acesso individualizado, não generalizado ou universal, a determinados direitos sociais prestacionais garantidos pela Constituição Federal brasileira, o que se dá em perfeita sintonia com o princípio da igualdade (substancial), e não o contrário.⁶¹⁰

4.3.2 Ação civil pública

A ação civil pública, regulada pela Lei n° 7.347/85, é instrumento processual destinado à proteção dos interesses difusos ou coletivos em juízo (art. 1°).⁶¹¹ Cumpre ressaltar

⁶⁰⁹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo como o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, 306

⁶¹⁰ Flávio Pansieri lança a indagação segundo a qual “Ainda tratando da perspectiva do regime jurídico dos direitos e garantias fundamentais, temos que tratar da idéia de *cláusula niveladora de padrão de atendimento*, tema que vem a complementar e trazer uma nova discussão condicionante aos direitos sociais, pois dentro de uma perspectiva republicana e havendo limites econômicos, é possível promover atendimento diferenciado a determinada pessoa em detrimento ao atendimento da coletividade?” O que faz, principalmente, o direito à saúde que vem assegurado na Constituição como de “acesso universal e igualitário” (art. 196). (PANSIERI, Flávio. Condicionantes à sindicabilidade dos direitos sociais. In: *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Antonio de Menezes. (Org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 272).

⁶¹¹ Art. 1° Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – por infração da ordem econômica (o inc. IV foi acrescentado pelo art. 110, da Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor).

que a proteção coletiva dos direitos “individuais homogêneos” veio a ser expressamente incorporada na legislação pátria apenas com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). A Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e ganhou *status* constitucional ao se estatuir no seu art. 129, inc. III, ser função institucional do Ministério Público a promoção de inquérito civil e a ação civil pública para proteção do patrimônio público e *social*, e de qualquer interesse difuso ou coletivo.

Todavia, a legitimação ativa para propositura da ação civil pública não é exclusividade do Ministério Público. Também têm legitimidade a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista e, ainda, associações constituídas nos termos do art. 5º da Lei 7.347/85. Necessário ressaltar, ainda, que o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) inova o ordenamento jurídico ao prever, no seu art. 81, inc. III, a possibilidade da Ordem dos Advogados do Brasil intentar ação cível visando a defesa de interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos dos idosos. O que vem elastecer o rol de legitimados ativos.⁶¹²

A ação civil pública pode ter por objeto tanto a condenação em dinheiro quanto obrigação de fazer ou não fazer (art. 11, da Lei nº 7.347/85). Hugo Nigro Mazzili preleciona que a ação civil pública pode ter por objeto, em alguns casos, a defesa do interesse públicos primário, podendo mesmo ser utilizada pelo Ministério Público para *questionar políticas públicas, quando o zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância*

⁶¹² Atentando-se, sempre, para a constante discussão existente sobre a legitimação ativa para as ações coletivas, Eduardo Appio assevera: “A limitação da tutela deste importantes bens a um grupo de legitimados ativos implica sensível redução do espaço de atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas e da tutela dos bens indisponíveis da sociedade. Os bens passíveis de tutela são os bens que os legitimados do art. 5º têm interesse em tutelar, o que conduz a uma absurda equação na qual a relevância social do bem não depende da Constituição da República, mas sim, da lista de prioridades dos legitimados, em estrita atenção ao princípio da inércia jurisdicional”. (APPIO, Eduardo. *A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 261-262).

*observem os direitos assegurados na Constituição*⁶¹³, o que significa a possibilidade de utilização da ação civil pública contra a má gestão de uma política pública que afete direta ou indiretamente o indivíduo ou a coletividade. Nesta ótica, Fábio Luis Franco e Antonio Darienso Martins, exaram que:

A política pública, como um conjunto de normas e atos administrativos, é passível de controle jurisdicional através da ação civil pública, numa forma de efetivação da inafastabilidade do controle jurisdicional por ameaça ou violação a direito, seja individual ou metaindividual, propiciando o alcance da finalidade precípua da administração pública e o acesso a ordem jurídica justa e efetiva.⁶¹⁴

Eduardo Appio preleciona que as *ações coletivas assumem importante função política nos casos em que promovidas em face do Poder público, buscando o cumprimento de deveres sociais previstos na Constituição de 1988*⁶¹⁵. Nesta perspectiva, Rodrigo de Camargo Mancuso, ao tratar da ação popular e ação civil pública, assim se posiciona:

Portanto, esses “remédios cívico-processuais” não são instrumento de “indevida interferência” dos cidadãos na gestão da coisa pública. Trata-se de uma *legítima participação*, respaldada pelo lídimo direito que a cada cidadão assiste de ter, não apenas *uma vida*, mas “qualidade de vida”; não *qualquer administração*, mas aquela proba e eficaz. Deveria o Estado-Administração, assim, ficar *reconhecido* ao cidadão, quando este, exercendo um seu *direito subjetivo público*, lhe indique, via jurisdicional, a omissão que urge seja suprida, a ação que o interesse público impõe seja praticada ou a irregularidade que deve ser corrigida⁶¹⁶.

Neste sentido entende-se cabível o ajuizamento de ação coletiva para determinar à Administração Pública o devido cumprimento das políticas públicas elaboradas e incluídas na lei orçamentária, de forma a garantir a fiel execução do orçamento público, ou para concretização de direitos sociais prestacionais constitucionalmente consagrados como direitos subjetivos públicos (como a educação básica e fundamental, a assistência social e a

⁶¹³ MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 113-114..

⁶¹⁴ FRANCO, Fábio Luis; MARTINS, Antonio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 135, ano 31, p. 42, maio.2006.

⁶¹⁵ APPIO, Eduardo. *A ação civil pública no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 19.

⁶¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública: instrumento de participação. In: *Participação e Processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 197.

saúde para os que não têm recursos econômico-financeiros próprios). Contudo a propositura de ação coletiva visando a elaboração (escolhas) de políticas públicas deve ser tomada com cautelas pelo Poder Judiciário. Tal prática, não raro, encontra óbice nas possibilidades financeiras do Estado (princípio da reserva do possível), razão pela qual requerer maiores cuidados na utilização da ação civil pública que, como sabido, tem eficácia *erga omnes*.⁶¹⁷

Neste contexto, é possível ao Poder Judiciário, mediante tutela coletiva, determinar ao Estado-Administrador que forneça a todos os cidadãos o ensino fundamental (artigo 208, I, CF) em instituições públicas ou particulares custeadas pelo Estado, sendo-lhe vedado, porém, determinar ao ente público a construção de escolas; a menos que se comprove, na prática, a inexistência ou incapacidade das instituições de ensino existentes albergarem a todos os que estejam excluídos do sistema educacional. Visualiza-se também a possibilidade da propositura de ação civil pública visando à construção de creche para atendimento de crianças de zero a seis anos de idade (art. 54, IV, ECA)⁶¹⁸ devido à inexistência ou insuficiência de creches em determinado bairro ou Município⁶¹⁹, caso em que os recursos necessários à construção da obra determinada pelo Judiciário poderão sair da “reserva de contingência” prevista na lei orçamentária anual por imposição do art. 5º, inc. III, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/01).⁶²⁰

Não poderia o Poder Judiciário, da mesma forma, determinar a inclusão de certos medicamentos específicos na lista oficial elaborada pelo Ministério da Saúde (na “cesta

⁶¹⁷ A própria lei atribui eficácia *erga omnes* apenas nos casos de procedência da ação, sendo que nos casos de improcedência devido à insuficiência de provas abre-se a possibilidade da propositura de nova ação em data futura, sem se questionar, aqui, a constitucionalidade da redação dada ao art. 16 da Lei 7.347/85 pela Lei 9.494/97, restringindo a eficácia aos “limites da competência territorial do órgão prolator” da sentença.

⁶¹⁸ Segue transcrição do dispositivo do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA): “Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: [...] IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos”, que vem reproduzir (regulamentar) o art. 208, IV, da CF, que por si só poderia ser aplicado direta imediatamente, lembrando-se a forte carga social e valorativa desta norma que garante, por consequência, maiores condições de trabalho aos pais da criança.

⁶¹⁹ Cite-se o caso de Londrina (PR) em que se constatou, através de levantamento divulgado pela Secretaria Municipal de Educação, a existência de déficit de vagas na educação infantil com 3.775 crianças de zero a seis anos fora das creches públicas ou filantrópicas. (FONTE: Folha de Londrina, 21 de abril de 2006, p. 7).

⁶²⁰ Neste sentido: APPIO, Eduardo. *Discricionariedade política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 105.

básica de saúde”) como os necessários ao tratamento de doença rara ou com custo elevado, pois nestes casos se estaria procedendo à própria eleição das prioridades a serem adotadas na formulação das políticas públicas⁶²¹ e obrigando o Estado, cujos recursos são escassos e custeados pela sociedade⁶²², a disponibilizar medicamentos indiscriminadamente também àqueles que possuem condições econômico-financeiras próprias para aquisição e tratamento da moléstia que o acomete. Situação que consistiria em inegável afronta ao art. 3º da CF.

O mesmo não se pode dizer, contudo, no caso da propositura de ações para tutela de um grupo restrito de pessoas, um grupo específico, particularizado por condições pessoais vulneráveis e peculiares - crianças e adolescentes, idosos, portadores de deficiência - ou ainda para tutela de interesses de um único indivíduo hipossuficiente, em estado de necessidade ou excluído do processo social (em condições denominadas marginalizantes).⁶²³

A título de exemplo, entende-se não ser possível obrigar ao Estado que inclua na “cesta básica de saúde” remédios necessários ao tratamento de doença raríssima cuja cura dependa da importação de medicamentos fabricados em outros países. Tal opção deve partir dos próprios poderes políticos eleitos. Por outro lado, os cidadãos portadores da

⁶²¹ É o que se verifica em liminar concedida em ação civil pública pela Justiça Federal do Paraná, Subseção Judiciária de Ponta Grossa, ACP 2006.70.09.001989-5, que determina os três entes federativos: União, Estado do Paraná e Município de Ponta Grossa providenciarem, gratuita e ininterruptamente, o fornecimento do medicamento *Digoxina Elixir Pediátrico* aos portadores de cardiopatias congênitas, em qualquer de suas subespécies, em todos os municípios integrantes da respectiva Subseção Judiciária, bastando apenas apresentação de prescrição médica. A decisão fixa o prazo de 10 dias para que o Estado providencie e regularize o fornecimento do medicamento e a multa pecuniária diária de R\$ 350,00 para cada entidade estatal caso descumprida a ordem judicial. (Fonte: Justiça Federal do Paraná, www.jfpr.gov.br, acesso 20.6.2006).

⁶²² Hugo Nigro Mazzili, contudo, faz importante ressalva: “Não sem razoabilidade, entretanto, têm-se feito restrições á indiscriminada inclusão da Fazenda Pública no pólo passivo das ações civis públicas ou coletivas. [...] Embora correto esse entendimento mais restritivo, não se pode sempre assegurar a irresponsabilidade do Estado-Leviatã. É preciso bastante equilíbrio, seja para não carrear apenas ao Estado as conseqüências de tudo o que ocorre de errado no País (e, portanto, ao cidadão que paga impostos), seja para não isentar *a priori* o Estado e principalmente seus administradores de toda e qualquer responsabilidade, quando não raro são estes que cometem diretamente a ação lesiva”. (MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 257).

⁶²³ Este posicionamento é adota por Cármen Lúcia Antunes Rocha: “Se eles não podem ser exigidos pela generalidade da sociedade, quer dizer, não se poderia cobrar responsabilidades pela adoção de políticas públicas coerentes com as demandas sociais no que concerne aos direitos sociais e, em especial, ao mínimo existencial, parece certo que, no plano individual, as pessoas podem, com base nas normas constitucionais que os asseguram, exigir o cumprimento para impedir que a indigência conduza à morte, vale dizer, nem é mais para a vida digna, mas para o só existir”. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. *O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, p. 454, jan./jul.2005).

síndrome ou moléstia poderão ingressar com ação para comprovar, em juízo, a absoluta impossibilidade econômico-financeira de adquirir os medicamentos por si ou por sua família. Defende-se, pois, o que se tem denominado de “direito fundamental à diferença”. Segundo Flávia Piovesan *ao lado do direito à igualdade, surge também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.*⁶²⁴ Também com a teoria do mínimo existencial o que se procura é tutelar de forma diferenciada os indivíduos hipossuficientes e excluídos da dinâmica social. É a inclusão social através da atividade jurisdicional prospectiva, voltada à realização dos fins do Estado brasileiro estatuídos no art. 3º da CF.

No plano individual possível ao juiz analisar as particularidades do caso concreto levado ao seu conhecimento, nos quais pode o julgador aferir a situação de necessidade do indivíduo e garantir adequada e efetivamente a concretização dos direitos sociais constitucionalmente assegurados a fim de tutelar o mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana e a inclusão social do cidadão-demandante. É o acontece, como citado, com a propositura de ações visando o fornecimento de medicamento não disponível na rede pública de saúde e necessário ao tratamento de moléstia grave ou a realização de intervenção cirúrgica, os quais, caso não disponibilizados e custeados pelo Estado, poderão acarretar a morte do cidadão-demandante. Nestes casos, além de ser *dever* do Estado a proteção do direito prestacional à saúde (art. 196, CF), ainda se pretende tutelar a própria vida do indivíduo, direito fundamental previsto no art. 5º, *caput*, CF, ou mesmo amenizar a dor e sofrimento provocados pela doença.

Não se pode perder de vista, no entanto, que também a ação civil pública é técnica processual apta a amparar direitos individuais, os denominados direitos indisponíveis. E, como visto, o art. 127, da CF, dota o órgão do Ministério Público de legitimidade para

⁶²⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos, culturais e direitos civis e políticos. *Revista do Advogado*. Ano XXIII, n. 73, São Paulo, AASP, p. 65, nov.2003.

propositura da ação visando a proteção desta gama de direitos considerados de relevância social. Nesta perspectiva o Ministério Público tem legitimidade, por exemplo, para compelir o Sistema Único de Saúde – SUS – tanto a prestar tratamento médico-hospitalar de forma regular e eficiente a um número determinado ou determinável de crianças e adolescentes, em virtude da transindividualidade do direito protegido⁶²⁵, como para tutelar os interesses de uma única criança ou adolescente, por se tratar de direito individual indisponível⁶²⁶, apesar deste entendimento não ser unívoco na jurisprudência pátria.⁶²⁷

Neste contexto, também o meio-ambiente sadio e equilibrado, bem que pertence a todas as presentes e futuras gerações, pois de extrema relevância para a existência e preservação da espécie humana, ganha maior proteção jurídica (art. 225, CF). A tutela do meio-ambiente, embora passível de ser reivindicada por ação individual assume maior relevância coletiva (difusa) e em muitas situações é tutelado de forma mais adequada e eficaz mediante provocação de órgãos legitimados para ação coletiva, como o Ministério Público e associações cujo objeto social seja a proteção ambiental.⁶²⁸ Luiz Guilherme Marinoni, tratando do dever do Estado de proteger o meio ambiente, ressalta não configurar esta

⁶²⁵ Ver a respeito interessante e bem fundamentado julgado do Superior Tribunal de Justiça no Resp 577836/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 28.02.2005, p. 200/RDDP vol. 26, p. 189.

⁶²⁶ PROCESSO CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DE MENOR À CIRURGIA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. O Ministério Público é parte legítima para interpor Ação Civil Pública em defesa do direito da criança à saúde, nos termos do artigo 201, V, da Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Não havendo possibilidade de atendimento para a realização de virectomia posterior, cirurgia ocular, em menor pelo Sistema Único de Saúde -SUS - na esfera municipal, estadual ou federal, devem os entes públicos, solidariamente, custear as despesas médico-hospitalares e tratamento adequado a paciente em órgão privado, por ser dever do Estado assegurar o direito à saúde, nos termos da Constituição Federal. Precedentes jurisprudenciais. (TRF-5ª Região, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Marcelo Navarro, AgInst. 43384/CE, DJ 30/7/2004, p. 922).

⁶²⁷ PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1 Na ação civil pública, atua o parquet como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Estado de terem assistência médico-hospitalar. 2. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas um menor para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual. (REsp, 714256/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 22.03.2005, DJ 9.5.2005, p. 383).

No mesmo sentido: REsp 659.498/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 14.12.2004, DJ 14.02.2005, p. 214; REsp 466.861/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 17.06.2004, DJ 29.11.2004, p. 277).

⁶²⁸ Cf. TARZIA, Giuseppe. Legitimazione e partecipazione delle associazioni di categoria ai processi civili con rilevanza collettiva. In: *Participação e Processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, esp. p. 72 e ss.

prestação estatal a: “*simples*” observância de um dever, destituído de qualquer conteúdo, mas sim um dever “*instituído com finalidade de prevenção*”, sendo que:

[...] apenas quando se toma em conta a *razão* do dever imposto ao Estado e a sua *imprescindibilidade para evitar a degradação do meio ambiente* – que deve ser preservado para as presentes e futuras gerações –, é que se pode perceber a necessidade e a impostergabilidade da prestação, que não pode, então, ficar submetida a meras alegações de impossibilidade orçamentária⁶²⁹.

Luiz Guilherme Marinoni entende ainda que nos casos como o acima exposto simples alegação de *conveniência e oportunidade orçamentária não pode desonerar o Estado do seu dever, sob pena de admitir que ele pode entender que não deve dispor de dinheiro para evitar a degradação de um direito afirmado inviolável pela própria Constituição Federal*⁶³⁰. Apesar de se focar a questão no dever estatal de proteger o meio ambiente, bem retrata a questão dos direitos prestacionais à saúde e à assistência social, por exemplo, visto que a prestação destes direitos sociais representa assegurar o próprio direito fundamental à vida do indivíduo, razão pela qual, ao se levar em consideração o bem maior que o direito social prestacional visa proteger – a vida e a dignidade da pessoa humana – “é que se pode perceber a necessidade e a impostergabilidade da prestação, que não pode, então, ficar submetida a meras alegações de impossibilidade orçamentária”, conforme manifestação de Luiz Guilherme Marinoni acima transcrita.

Eduardo Talamini⁶³¹ ao tratar do processo coletivo (em sentido amplo) através do qual se pretenda buscar uma atuação estatal de abrangência geral, não

⁶²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 266- 267.

⁶³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 267.

⁶³¹ O processo coletivo (em sentido amplo) assume, então, relevante papel de instrumento de participação democrática: confere aos cidadãos, individualmente ou reunidos em associação, a possibilidade de influenciar os destinos da sociedade política, zelando pelo respeito às diretrizes estatais constitucionalmente impostas. A séria preocupação com o princípio democrático deve embasar, nessa hipótese, não o repúdio à tutela coletiva, mas a crítica para o aprimoramento da *representação adequada* no processo coletivo (e em seus dois pólos): a ação civil pública há de refletir, cada vez mais, a efetiva participação de esferas da sociedade civil nos desígnios da nação – e não a *simples atuação de órgãos da própria estrutura estatal* (como o Ministério Público), por mais relevantes que sejam as funções destes. (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Artigo 84)”. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 145-146).

individualizável, ressalta que a intervenção jurisdicional nesses casos não consistirá afronta ao princípio da representatividade democrática, não havendo que se falar em “reserva legal” ou na necessidade de seu “suprimento”, cabendo o emprego de tutela que diretamente imponha ao Estado o cumprimento da prestação positiva fática, em prazo razoável, através da aplicação do regime do art. 461, do CPC, e do art. 84, do CDC. Atenta, ademais, que o *cabimento da tutela jurisdicional nessas hipóteses não significa transferir ao Judiciário a competência de formular políticas públicas, mas apenas reconhecer que, também nesse terreno, o Judiciário desenvolve sua atividade típica de dar atuação à ordem pública.*

Por fim, a efetivação de políticas públicas já elaboradas e incluídas em dotação orçamentária pode (e deve) ser controlada e revista pelo Poder Judiciário, principalmente quando houver a re-alocação ou contingenciamento destas verbas para outros setores. Casos em que a inércia, omissão ou ineficiência da Administração Pública em áreas como a saúde, educação, moradia, assistência social, etc., (enfim, no campo dos direitos sociais prestacionais), requeiram a provocação da máquina judiciária como única forma de obrigar o Poder Executivo ao cumprimento de um dever constitucional consubstanciado em assegurar ao necessitado condições mínimas para uma vida digna⁶³², o que se aufere principalmente em países “periféricos” ou de “modernidade tardia” como é o caso brasileiro,

⁶³² Também se enquadra na categoria em exame a imposição da prestação de serviços públicos ofertados mediante remuneração, quando indevidamente cessados ou não iniciados ou, ainda, inadequadamente ofertados (água, luz, telefone...). A pretensão, voltada contra o Estado ou quem lhe faça as vezes (concessionário ou permissionário), diz respeito essencialmente a um fazer – ainda quando se possa identificar a entrega de coisa como parte integrante da prestação do serviço (ex.: fornecimento da água). Trata-se de terreno em que comumente, além da tutela individual, é utilizável a proteção jurisdicional coletiva. Ambas, no que tange à consecução do fazer, submetem-se basicamente ao mesmo regime (v. item 19.2.6). Aqui se insere, igualmente, grande parte dos direitos sociais (“direitos fundamentais de segunda geração”) exercitáveis perante o Estado, em que a prestação de determinados bens materiais integra a atividade mais ampla, a ser desenvolvida pelo Poder Público. Trata-se de deveres de fazer, ainda que abranjam a instrumental transferência de bens materiais ou o desembolso de quantias. Tomem-se como exemplos o direito ao serviço público de saúde, que abrange o fornecimento de medicamentos; ou à educação, que implica o fornecimento de material escolar, transporte, merenda escolar. Também para esses direitos – sem que se negue a viabilidade das demandas individuais de tutela – assume extrema relevância a proteção mediante ações coletivas. (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)”. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 136-137).

onde a implementação de políticas sociais pelo Poder Público faz-se ainda imprescindível para sobrevivência e dignidade da grande maioria de sua população.

Faz-se mister ter em mente que a *atividade administrativa não está sujeita a uma legalidade-em-si, mas ao Direito construído, desvelado e aberto a partir da pluralidade de indícios formais-constitucionais, materializados em valores, princípios e preceitos constitucionais*.⁶³³ Ademais o acesso à ordem jurídica adequada e efetiva é direito fundamental do indivíduo e da coletividade consagrado no art. 5º, inc. XXXV, da CF, razão pela qual *não se pode falar em mácula ao princípio da separação dos poderes quando o Tribunal reconhece e tutela direitos subjetivos que, ao arripio da ordem constitucional, não foram observados pelo Estado*.⁶³⁴

4.4 Tutelas de urgência contra o Poder Público

A tradicional classificação das tutelas em cognitiva, executiva e cautelar está atualmente superada.⁶³⁵ Indícios da superação ocorrem, especialmente, a partir da reforma processual de 1994 que alterou a redação do artigo 461 do CPC e incluiu expressamente no sistema a previsão de formas de tutelas que albergam numa mesma ação atividades cognitivas e executivas, as denominadas tutelas específicas. Também sob o prisma da efetividade, o §7º do artigo 273 do CPC⁶³⁶ introduziu no sistema a possibilidade de

⁶³³ OHLWEILER, Leonel. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo. *(Neo)Constitucionalismo: Ontem os códigos; hoje as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, vol. 1, n. 2, p. 320.

⁶³⁴ GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista da Ajufe*. Ano 23, n° 81, p. 144, 3º trimestre/2005.

⁶³⁵ Não se está a referir sobre a superação da classificação trinária das sentenças em declaratória, constitutiva e condenação, espécies da tutela cognitiva, com a atual adoção, quase por unanimidade, da classificação quinária de Pontes de Miranda, com acréscimo de mais duas espécies: mandamental e executiva *lato sensu*, pois: “Se o processo passou a ser pensado na perspectiva do direito material, sendo a temática da “tutela jurisdicional” apenas prova disto, *é necessário não apenas construir uma nova classificação das sentenças, mas erguer uma classificação das tutelas*”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 434).

⁶³⁶ O acréscimo deste parágrafo ao art. 273, ademais, está em conformidade com a atual “onda” de efetividade do processo, pois possibilita ao juiz a utilização, também nesse caso, do princípio da fungibilidade, isto é, caso o

concessão de tutela cautelar no âmbito da própria ação cognitiva, isto é, possibilitou ao demandante obter incidentalmente na ação de conhecimento: *tanto a antecipação de efeito(s) da providência jurisdicional pleiteada quanto providências deferentes do efeito(s) da sentença, mas com ela conectadas, por que sejam pressupostos para a sua exeqüibilidade (no sentido amplo).*⁶³⁷

Contudo, como sabido não se confunde tutela cautelar com a tutela que antecipa os efeitos da decisão final prevista no art. 273 do CPC, apesar da possibilidade desta última ter função acautelatória. Com efeito, a tutela cautelar é medida destinada a garantir o resultado útil do processo principal mas não antecipada, mesmo que parcialmente, o direito pretendido obter pelo autor, apenas garante sua obtenção ao final da ação cognitiva ou executiva; e, ao contrário, a tutela antecipada possibilita a obtenção pelo autor, de imediato, do direito material pretendido, parcial ou totalmente: *a tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é “satisfativa sumária”.*⁶³⁸

Tanto a medida cautelar como a que antecipa os efeitos da tutela final são espécies de tutela de urgência e, nesta qualidade, são também tutelas preventivas, visto que todas as tutelas de urgência necessariamente o são; tutela de urgência é gênero de medida judicial da qual são espécies: os provimentos cautelares, as medidas liminares, as tutelas antecipatórias e as tutelas inibitórias.⁶³⁹

demandante requeira, a título de antecipação de tutela, provimento cautelar, este poderá ser concedido no lugar daquele, incidentalmente no próprio processo de conhecimento. (Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001.* 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 173)

⁶³⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001.* 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 173.

⁶³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Malheiros, 1995, p. 45-46.

⁶³⁹ Sobre as tutelas inibitórias: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Pioneira previsão de tutela de urgência na área cível contra o Poder Público no ordenamento jurídico pátrio constitui a possibilidade de concessão de liminar no mandado de segurança, sendo da própria natureza desta modalidade de ação a concessão de liminar⁶⁴⁰ quando presentes os dois requisitos legais autorizadores da medida - *fumus boni juris e periculum in mora* - expressos no art. 7º, inc. II, da Lei 1.533/51. Não basta, porém, a existência de apenas um destes elementos para obtenção da medida liminar, sendo necessário estarem presentes ambos os requisitos como forma de viabilizar sua concessão pelo magistrado.⁶⁴¹

Nesta perspectiva, o art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.437/92, veio limitar a concessão de liminar em cautelares contra o Poder Público⁶⁴² apenas aos casos em que a providência pretendida puder ser semelhantemente concedida em ações de mandado de segurança. Por sua vez, o §3º, deste mesmo art. 1º, da Lei 8.437/92, acrescido pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, veio estabelecer como óbice para a concessão de liminar contra

⁶⁴⁰ Apesar de alguns doutrinadores de elite, conforme Hely Lopes Meirelles entender que a *liminar* em mandado de segurança é verdadeiro provimento cautelar, pois acautelador do possível direito do impetrante caso justificada sua concessão pela iminência de dano irreversível se mantido o ato coator até apreciação definitiva da causa; não se trata, assim, de antecipação dos efeitos da sentença final, haja vista não afirmar direitos ou negar poderes à administração pública. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 76); outros, a exemplo de Cássio Scarpinella Bueno, entendem que: a liminar em mandado de segurança, entendendo tanto poder assumir natureza cautelar ou antecipatória, dependendo do exame que o magistrado faça do pedido de liminar à luz do pedido meritório efetivado pelo impetrante e conforme a situação fática descrita na inicial. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 378).

⁶⁴¹ Sobre a concessão da liminar afirma Hely Lopes Meirelles não se tratar de uma liberalidade da Justiça, razão pela qual não pode ser negada quando presentes seus requisitos legais - *fumus boni iuris e periculum in mora* - e tampouco concedida caso ausente qualquer um destes requisitos de admissibilidade da medida acauteladora do direito do impetrante. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 77). No mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno, ao afirmar que a atuação do magistrado em torno destes elementos condutores da concessão da liminar é sempre ato de interpretação do direito, não podendo se falar em ato discricionário ou de livre arbítrio do magistrado. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 379).

⁶⁴² Quanto a contracautela - exigência de prestação de alguma garantia para concessão da liminar - houve a edição, no Brasil, de duas Medidas Provisórias tendentes a impor esta restrição ao deferimento de liminar contra o Poder Público. A primeira, a Medida Provisória nº 375/93, não se converteu em lei apesar de ter sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal de Justiça (ADIn nº 975-3-DF, DJU 20.6.97, p. 28.467). Previa no seu art. 5º, o condicionamento da eficácia da concessão de medida liminar ou cautelar, quando necessário, a prestação de garantia acauteladora do interesse posto em risco. A segunda, a Medida Provisória nº 1.570-1/97, posteriormente transformada na Lei 9.494/97, veio através do art. 2º, acrescentar o §4º ao art. 1º da Lei 8.437/92, exigir a prestação de garantia real ou fidejussória sempre que houver possibilidade do Poder Público sofrer dano em virtude de concessão de liminar ou qualquer outra medida de caráter antecipatório, parágrafo este, entretanto, declarado inconstitucional pela ADIn 1.576 e reformado pela Medida Provisória nº 2.180-35/01 para disciplinar matéria totalmente diversa.

o Poder Público nos casos em que o deferimento da medida esgotar, total ou parcialmente, o objeto da ação; além de outros dispositivos restritivos como o previsto no §5º ainda do mesmo artigo, igualmente acrescido pela MP nº 2.180-35/2001, que impossibilita concessão de liminar em ações que tenham por objetivo a compensação de créditos tributários ou previdenciário.⁶⁴³

Teori Albino Zavascki entende serem constitucionais e aplicáveis às medidas antecipatórias as limitações estabelecidas para concessão de liminares em medidas cautelares contra o Poder Público estabelecidas pela Lei nº 8.437/92, acima mencionadas, por afirmar que esta lei ao referir a medidas cautelares na verdade dispõe sobre medidas de natureza antecipatórias *satisfativas*, que anteriormente à reforma processual que deu nova roupagem ao disposto no art. 273 do CPC eram tratadas como ações cautelares inominadas *satisfativas* regidas pelo art. 798 do CPC.⁶⁴⁴

Por sua vez Cassio Scarpinella Bueno entende que a restrição criada pela Lei nº 8.437/92 quanto às concessões de cautelares, inclusive liminarmente, em ações movidas contra o Poder Público nunca pode ser óbice à concessão da tutela antecipada, visto a natureza e a *ratio* das cautelares serem diferentes das medidas antecipatórias, e vai mais além ao afirmar que mesmo não fossem distintas, a redação do art. 273 do CPC conforme atribuída pela Lei 8.952/94, não faz *qualquer distinção quanto ao 'status' de seu destinatário, é norma*

⁶⁴³ Tendência esta ressaltada por Cássio Scarpinella Bueno em “tom” peculiar ao tratar do assunto: “nenhuma espécie de direito deve valer contra o Estado. Muito menos por intermédio de tutela jurisdicional de urgência. Se amanhã alguém pleitear em juízo a compensação de um crédito devido pelo Estado que não seja tributário nem previdenciário – parcela não paga de um contrato administrativo, por exemplo -, é capaz de editarem alguma medida provisória ou lei vedando a pretensão. Imaginação fértil ou propensão para ver as coisas do lado negativo? Não! Medida Provisória n. 104, de 9 de janeiro de 2003, praticamente o primeiro ato normativo fruto do atual Governo Federal, rapidamente convertida na Lei n. 10.677, de 22 de maio de 2003” (BUENO, Cassio Scarpinella. *O Poder Público em juízo*. 3ª ed., São Paulo: 2005, p. 225).

⁶⁴⁴ “Relativamente ao regime geral que orienta o instituto da antecipação dos efeitos da tutela nenhuma disposição específica foi editada para diferenciar as entidades públicas para excluí-las de sua aplicação. Nem mesmo o reexame obrigatório, pelo tribunal, das sentenças condenatórias contra elas proferidas constitui empecilho à antecipação quando esta for cabível. É que nesses casos, conforme anotamos anteriormente (Capítulo V, 7), o reexame necessário há de ser compatibilizado com a decisão antecipatória, devendo ser realizado sem prejuízo da execução das providências dela decorrentes”. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 160).

*posterior, que revogou, no que incompatível, a norma anterior, nos precisos termos do art. 2º, §1º, da LICC.*⁶⁴⁵

De qualquer modo, a jurisprudência pátria tem procurado superar o óbice de concessão de liminares em medidas cautelares contra o Poder Público quando a questão versada se tratar de direitos sociais prestacionais, como demonstra recente julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça⁶⁴⁶ onde se deferiu liminar em medida cautelar, *inaudita altera pars*, visando o bloqueio de valores necessários à aquisição de medicamentos necessários à preservação da vida da requerente devido ao descumprimento de determinação judicial anteriormente imposta ao Estado do Rio Grande do Sul⁶⁴⁷, entendendo-se pela não aplicação do art. 1º, §3º, da Lei 8.437/92 ao caso.

Também o art. 2º da Lei 8.437/92 vem *condicionar* a concessão de *liminar* no mandado de segurança coletivo⁶⁴⁸ e na *ação civil pública* à prévia oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 horas; este dispositivo legal *prima*, pois, pelos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da CF, em uma conotação clássica.⁶⁴⁹

⁶⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 36.

⁶⁴⁶ MC nº 11.120/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ. 8/6/2006.

⁶⁴⁷ Lembrando-se a existência, no Rio Grande do Sul, da Lei Estadual nº 9.908/93, por meio da qual o próprio Estado vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes.

⁶⁴⁸ Contudo, haja vista a própria natureza constitucional e as peculiaridades próprias ao mandado de segurança, garantia fundamental do indivíduo e da coletividade, não pode ter aplicação nenhum dispositivo legal ou *qualquer raciocínio analógico que tenda a “minimizar”* a eficácia do mandado de segurança (BUENO, Cassio Scarpinella. *O Poder Público em juízo*. 3ª ed., São Paulo: 2005, p. 225), posto que a liminar no *writ*, conforme ensinamentos de Sérgio Ferraz: a) *não* constitui *provimento excepcional*, a ser restritivamente examinado e concedido, sendo a liminar etapa integrante do devido processo legal desta ação constitucional; b) é *inconstitucional* norma legal ou regulamentar que proíba, transitória ou definitivamente, a concessão de liminar em mandado de segurança. (FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p.110-111).

⁶⁴⁹ Conotação que Luiz Guilherme Marinoni atribui como sendo “armas contra a possibilidade arbítrio judicial”, ensina ainda o Autor que: “O equívoco de se estudar a ampla defesa sem considerar a diferença dos bens jurídicos tutelados pelo processo e, principalmente, a *não percepção de que a defesa deve ser pensada de maneira diferenciada no processo civil e penal*, fizeram surgir um processo civil insensível não só para o fato de que determinados bens não podem ser tutelados de maneira adequada por meio do procedimento ordinário, como também para a obviedade de que o tempo do processo deve ser distribuído de forma isonômica entre os litigantes”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 47).

Não obstante, também o art. 2º da Lei nº 8.437/92, dispositivo integrante do conjunto de normas pertencentes ao direito processual *público* vai de encontro ao atual direcionamento do direito processual *privado*. Com efeito, vivencia-se no âmbito do direito processual civil uma tendência em priorizar o contraditório *diferido*⁶⁵⁰ como forma de atribuir celeridade e efetividade ao processo e à jurisdição, concepção esta que Ovídio A. Baptista da Silva considerada como afastamento do véu ideológico que recobre a perspectiva dogmática, encoberta pelos paradigmas racionalistas da ordinariedade e da privatização da jurisdição a que o sistema foi submetido, com a eliminação dos *interditos* e redução de todo o direito material ao direito das obrigações, isto é, à universalização do procedimento da *actio* romana, em que era vedado ao juiz privado julgar com base em simples plausibilidade ou verossimilhança da pretensão afirmada pelo autor, privilégio que constituía a própria essência da jurisdição pretoriana.⁶⁵¹

Para Ovídio A. Baptista da Silva, assim, o procedimento ordinário consubstanciado na função declaratória da jurisdição e impeditiva de uma atuação mais ativa do juiz fundada na plausibilidade e verossimilhança do direito, tem como paradigma pressupostos ideológicos falsos que presidem o sistema desde a compreensão do que seja uma “antecipação de tutela” até a concepção do sistema de recursos⁶⁵². Ainda, Luiz Guilherme Marinoni:

Como um dos principais responsáveis pelo gasto de tempo no processo é a produção da prova, muitas vezes admite-se a antecipação da tutela antes que todas elas tenham se produzido. Afirma-se, então, que a tutela é concedida com a postecipação da produção da prova ou com a postecipação do contraditório. Nesses casos, “prova inequívoca” significa prova formalmente perfeita, cujo tempo para produção não é

⁶⁵⁰ Ao se possibilitar aplicação do contraditório *diferido* no sistema processual brasileiro, o que se dá com as técnicas de antecipação dos efeitos da tutela final sem prévia oitiva do réu, admite-se execução antes da sentença, isto é, antes da formação do título executivo, com verdadeira inversão do *ordo iudiciorum privatorum* (procedimento ordinário romano) adotado pelo direito brasileiro, que apenas admitia a execução após terminado o processo de conhecimento com observância aos princípios do contraditório prévio e da ampla defesa. (Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 155).

⁶⁵¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 147.

⁶⁵² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 149-150.

compatível com a imediatidade em que a tutela deve ser concedida (para que o direito não seja frustrado)⁶⁵³.

Assim, a concessão da tutela antecipatória com “postecipação da produção da prova” ou com “postecipação do contraditório” ou com contraditório *diferido*, inverte a ordem de preferência, que no atual sistema jurídico-processual brasileiro é dada ao contraditório *prévio*. Portanto, o pensamento jurídico revelado por doutrinadores pátrios se mostra epistemologicamente rompido com o saber jurídico tradicional (dogmático)⁶⁵⁴. Contudo, ao que parece, os relevantes temas sobre os quais se debruça a doutrina têm surtido efeito apenas sobre o legislador do sistema processual *privado*.

Por outro lado, é de se auferir a natureza constitucional da tutela de urgência, pois a garantia do acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, CF) não significa apenas o direito de obter a tutela jurisdicional, mas o direito de obter a proteção *adequada, efetiva e tempestiva* do direito violado ou ameaçado de lesão⁶⁵⁵, o que ainda é reforçado pelo recente acréscimo do inc. LXXVIII ao art. 5º, CF, que prevê o direito fundamental à tempestividade da tutela jurisdicional.⁶⁵⁶

4.4.1 Tutela antecipada

⁶⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 285.

⁶⁵⁴ Imperioso mencionar a atual difusão no direito italiano da *jurisdiction des référé* – jurisdições de urgência – amplamente utilizada na prática jurídica francesa. O tema é abordado por Edoardo F. Ricci em recente artigo: RICCI, Edoardo F. Tutela de conhecimento sem coisa julgada e tutela antecipada no futuro direito processual italiano. Colaboração Mariulza Franco. In: *Estudos de Direito Processual Civil*. MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁶⁵⁵ Cf. LOPES, João Batista. Tutela antecipada: reversibilidade dos efeitos do provimento e princípio da proporcionalidade. *Revista dos Tribunais*. ano 92, v. 815, p. 94, set.2003.

⁶⁵⁶ Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. Colisão de direitos fundamentais, direito à saúde e tutela antecipada. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. n° 12, p. 47, maio-jun.2006.

A redação do artigo 273 do CPC⁶⁵⁷, alterada pela Lei n° 8.952/94, ao possibilitar ao juiz conceder no curso da demanda ordinária (plenária) a antecipação dos efeitos da tutela final pretendida pelo autor, parcial ou totalmente, e mesmo sem a oitiva prévia do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores da medida: prova da verossimilhança das alegações do autor; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; e abuso de direito de defesa ou propósito protelatório do réu; sem dúvida abala o mito da *ordinariedade* do processo de conhecimento, de tradição romano-canônica, ao introduzir no sistema processual brasileiro formas de tutelas com força executiva, posto que de índole *interdital*, e regidas, em regra, pelo princípio do contraditório *diferido*.⁶⁵⁸

Porém a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela prevista no sistema processual, inicialmente pela regra do art. 273 do CPC e posteriormente pelo §3° do art. 461 do CPC⁶⁵⁹, é controvertida quanto sua aplicação em ações promovidas contra o Poder Público.⁶⁶⁰ Com efeito, a discussão propedêutica se dá em 1994 quando da alteração do art. 273 e sua aplicação (ou não) aos casos em que a Fazenda Pública figure no pólo passivo da demanda judicial e ganha maiores dimensões após a edição da Medida Provisória n° 1.570/97, posteriormente transformada na Lei n° 9.494/97.

⁶⁵⁷ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança de alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

⁶⁵⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 153.

⁶⁵⁹ Por sua vez, o §3° do art. 461, por sua vez, nada mais é do que extensão do instituto da tutela antecipada anteriormente prevista no art. 273 qualificado, entretanto, pela possibilidade do juiz cominar multa diária, mesmo de ofício, para o caso de descumprimento da tutela antecipada na forma específica pelo réu. Na doutrina de J.E. Carreira Alvim: “As sanções processuais constituem a *pedra de toque* da técnica antecipatória, tendo a reforma optado pela imposição apenas de multa, como instrumento de coerção psicológica sobre a vontade do devedor, mas para repercutir sobre seu patrimônio. A pena pecuniária faz, no ordenamento nacional, as vezes da *astreinte* francesa e do *contempt of Court* inglês. Para ser eficaz, impõe-se seja a multa consentânea com a sua finalidade, não devendo ser imposta em moldes que desestimulem o pagamento, embora, em tese, não esteja sujeita ao teto da obrigação principal”. (CARREIRA ALVIM, J. E.. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 11).

⁶⁶⁰ Cite-se vedação estabelecida pela Medida Provisória n° 2.180-35 de 24.8.2001 que acresceu o art. 2°-B à Lei 9.494/97 para vincular a execução de *sentença que tenha por objeto liberação de recursos, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores* da Administração Pública direta ou indireta ao *trânsito em julgado* desta decisão, visto vedar, por via oblíqua, seja antecipado efeitos de tutela em ações contra o Poder Público que tenham estes objetivos.

Com efeito, a Medida Provisória nº 1570/97 (posteriormente convertida na lei nº 9.494/97) veio disciplinar, em seu art. 1º⁶⁶¹, a “aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública”, e apesar de pretender restringir, no revogado art. 2º⁶⁶², a possibilidade de aplicação do instituto da tutela antecipada disciplinada pelo art. 273 do CPC, acabou por reconhecer, expressamente, o cabimento da concessão de medidas antecipatórias em ações contrárias ao Poder Público, acabando, de uma vez por todas, com a discussão em torno da questão⁶⁶³, pois não há como lei restringir o que juridicamente é impossível.⁶⁶⁴

Contudo, merecem análise detalhada os argumentos e posicionamentos tecidos sobre a (im)possibilidade de concessão de medida antecipatória contra o Poder Público. Logo após a reforma do art. 273 do CPC grande parte dos posicionamentos firmaram-se pela impossibilidade da aplicação da técnica de antecipação dos efeitos da tutela contra o Poder Público, a exemplo de Francesco Comte,⁶⁶⁵ e tiveram como principal

⁶⁶¹ At. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts. 5 e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu §4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

⁶⁶² A edição da Medida Provisória 1.570-1/97, posteriormente transformada na Lei 9.494/97, veio, através do art. 2º desta medida, acrescer o §4º ao art. 1º da Lei 8.437/92 para exigir a prestação de garantia real ou fidejussória sempre que houver possibilidade do Poder Público sofrer dano em virtude de concessão de liminar ou qualquer outra medida de caráter antecipatório, parágrafo este, entretanto, alterado pela medida provisória nº 2.180-35/01.

⁶⁶³ Cf. Cassio Scarpinella Bueno: “Há, de qualquer sorte, a nosso ver, um lado positivo na edição da medida provisória e da lei em que se converteu. Ao *estender* ao instituto da tutela antecipada as mesmas *restrições* constantes do ordenamento jurídico brasileiro a respeito da liminar em mandado de segurança, bem como da tutela cautelar, reconheceu esta ato do Executivo, para todos os fins, o cabimento deste novo instituto contra a Fazenda Pública, superando, com tal iniciativa, todos aqueles óbices legais referidos na doutrina e na jurisprudência quando da edição da Lei 8.952/94” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança*: um tema com variações. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 55).

⁶⁶⁴ Sobre o assunto Eduardo Talamini: “Qualquer dúvida acerca do cabimento da tutela antecipada contra os entes públicos ficou definitivamente superada com a edição da Lei 9.494/97 (resultado da conversão da Medida Provisória 1.570/97), que pretendeu estabelecer limites à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública: só se limita aquilo que é possível. Os limites estabelecidos, aliás, não são absolutos, cabendo a concreta ponderação dos valores envolvidos” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 359).

⁶⁶⁵ Francesco Comte considera, enfaticamente, essa decisão ilegal – à todas as luzes teratológica – [...] de vez que a tutela antecipada consubstancia a própria providência de mérito postulada no processo de cognição -, ao argumento de que a ordem pública compreende a boa ordem do processo, que é pública, de sorte que a subversão do princípio constitucional do devido processo legal, estabelecido no art. 475, II, do CPC, é fator de vulneração da ordem pública, e, ademais, que o reexame necessário foi instituído em benefício de interesses superiores de ordem pública. (COMTE, Francesco. A Fazenda Pública e a antecipação jurisdicional da tutela. *Revista dos Tribunais*, n. 718, p. 20, ago.1995).

argumento regra disciplinada pelo art. 475 do CPC⁶⁶⁶ que prevê necessidade de reexame obrigatório das sentenças proferidas em desfavor do Poder Público. Assim, restaria impossível dentro da sistemática processual em vigor fosse concedida antecipação, parcial ou total, dos efeitos da tutela final visto que a medida possibilitaria execução contra o Poder Público sem a observância da benesse legal estabelecida pelo art. 475, do CPC.⁶⁶⁷

Os adeptos deste posicionamento entendiam, ademais, que a antecipação de tutela contra o Poder Público seria ineficaz diante do disposto no art. 100 da CF que exige a expedição de precatório como forma de pagamento das dívidas públicas, e que esta expedição apenas seria possível após sentença transitada em julgado, nunca perante mera decisão interlocutória.⁶⁶⁸

À primeira vista, assim, entendimento inicialmente aceito pela doutrina e jurisprudência pátrias de ser inviável tutela antecipada em ações promovidas contra o Poder Público constituiria argumento intransponível em decorrência da legislação processual em vigor. Contudo, vozes surgiram em sentido contrário, e atualmente encontra-se fortificado

⁶⁶⁶ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (artigo 585, VI). §1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los; §2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo e não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor; §3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente (com redação dada pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001).

⁶⁶⁷ Argumenta Francesco Comte ao discorrer sobre o reexame necessário da sentença proferida a teor do art. 475 do CPC: “O raciocínio contrário estaria em rota de desarmonia com o sistema do CPC que impõe o reexame necessário (art. 475) informado pelo interesse público. Sob o influxo dessas observações, o instituto da antecipação jurisdicional da tutela nos convida a uma reflexão no tocante à sua aplicação, quando, no pólo passivo da relação jurídica processual, figurar a União, os Estados-membros, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios. A resposta, a meu sentir,, é negativa”. (COMTE, Francesco. A Fazenda Pública e a antecipação jurisdicional da tutela. *Revista dos Tribunais*, n. 718, p. 19-20, ago.1995).

⁶⁶⁸ Também nesse sentido, Francesco Comte: “E mais: ao ângulo prático, no terreno da execução, a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública seria inútil – tal qual o fogo que não queimasse – pois, soa trivial, a execução de obrigação pecuniária contra aquelas entidades públicas (sabido que seus bens são impenhoráveis) faz-se através do instituto do precatório, à luz do procedimento previsto nos arts. 730 e ss. do CPC, o que pressupõe, sentença judiciária e não mera decisão interlocutória (art. 100, da CF)”. (COMTE, Francesco. A Fazenda Pública e a antecipação jurisdicional da tutela. *Revista dos Tribunais*, n. 718, p. 20, ago.1995).

entendimento pela ampla possibilidade de aplicação do instituto da tutela antecipada contra pessoas jurídicas de direito público.

4.4.1.1 Do reexame necessário

No que atine ao obstáculo imposto em decorrência do reexame necessário previsto no art. 475, II, do CPC, Cassio Scarpinella Bueno vê neste dispositivo apenas empecilho de ordem *prática* e que este não pode ser invocado como obstáculo ao intérprete do Direito, pois a incorporação do instituto da tutela antecipada no sistema processual civil brasileiro revela intenção do legislador em prestigiar a *efetividade* naqueles casos encartados no art. 273, e não a segurança jurídica, paradigma do processo de conhecimento pleno e exauriente, cujo ato culminante é a sentença.⁶⁶⁹

Ressalta-se, ademais, posicionamento de Teori Albino Zavascki no sentido de possibilitar a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público por analogia ao que ocorre na ação de mandado de segurança, por entender este jurista que a natureza da medida liminar é antecipatória, sendo que o reexame necessário não impede a execução provisória da sentença de procedência proferida em ação de mandado de segurança, conforme disposto no parágrafo único, do art. 12, da Lei n. 1.533/51.⁶⁷⁰

Eduardo Talamini⁶⁷¹ e Elton Venturi⁶⁷², conjugam o entendimento de que a exigência geral de reexame necessário em causas que envolvam a Fazenda Pública refere-se apenas à sentença final, não sendo aplicável o art. 475 do CPC ao provimento antecipador dos efeitos de mérito. Fundamenta-se esta tese também numa interpretação tanto literal quanto

⁶⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança*: um tema com variações. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 37-38.

⁶⁷⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 160.

⁶⁷¹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 361.

⁶⁷² VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 277-278.

teleológica da norma processual sobre reexame obrigatório e ainda pelo fato da tutela antecipada, mesmo quando veiculada no bojo da própria sentença, não ficar sujeita ao efeito suspensivo de eventual apelação interposta pelo Poder Público, nos termos do art. 520, VII do CPC, restando por viabilizar a imediata exequibilidade da tutela antecipada e confirmar sua insubordinação ao reexame necessário.

Faz-se mister, porém, antes de se proceder ao exame sistemático literal-teleológico do art. 475 conjugado com o art. 520, VII, ambos do CPC, tecer algumas anotações sobre o próprio art. 475 em contraposição a valores constitucionais como a igualdade e seu corolário, o princípio da isonomia. O princípio da igualdade é assegurado no art. 5º, inc. I, da CF e, em decorrência do seu enunciado, é assegurado pelo Estado democrático brasileiro tratamento igualitário entre todos os membros da sociedade, inclusive com os meios processuais para *proteção dos respectivos direitos subjetivos materiais, com o máximo de “igualdade” que, inclusive, se faz ínsita à consecução do bem comum, pelo Estado.*⁶⁷³ De modo que o art. 475 ao estabelecer tratamento processual diferenciado para as pessoas jurídicas de direito público, é de se questionar a constitucionalidade desta regra processual não isonômica, indagação esta que José Rogério Cruz e Tucci é contundente em afirmar que: *dúvida não pode haver no sentido de que a regra do art. 475 do CPC contém flagrante ofensa ao princípio constitucional da igualdade das partes perante a lei.*⁶⁷⁴

Portanto, além da face não isonômica e inconstitucional do art. 475 do CPC, este dispositivo se apresenta em flagrante contradição com os valores primados pela atual sistemática processual: a *tempestividade* e *efetividade* da prestação jurisdicional, em especial ao ser constitucionalmente assegurado ao jurisdicionado proteção contra toda *ameaça de lesão* aos seus direitos subjetivos materiais, e, nesse ínterim, a previsão no sistema de tutelas

⁶⁷³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 46.

⁶⁷⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 47.

de urgência provisórias, porém dotadas de satisfatividade e aptas a dar aplicabilidade a norma constitucional esculpida no inc. XXXV do art. 5º da CF, com a técnica de antecipação dos efeitos da tutela estampada nos arts. 273 e 461, §3º, ambos do CPC, sem dúvida não podem receber tratamento restritivo pelos operadores do Direito.

4.4.1.2 Do sistema de precatório

Como forma de transplantar o óbice na concessão da tutela antecipada em face da norma constitucional prevista no art. 100, da CF, Cassio Scarpinella Bueno opta pelo método da *ponderação de interesses*, ao sugerir sejam encontradas maneiras de conciliar *dois valores jurídicos constantes do sistema – efetividade do processo e resguardo do patrimônio público* -, em atenção maior a uma interpretação ampla do inc. XXXV do art. 5º da CF.⁶⁷⁵

Também Luiz Rodrigues Wambier ao discorrer a favor da concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, fundamenta sua posição⁶⁷⁶ no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e do amplo acesso à Justiça, bem como no princípio da efetividade da jurisdição através do cabimento da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, propõe seja procedida a uma interpretação literal e declarativa do art. 100 da CF, para excluir da submissão à ordem dos precatórios o pagamento de condenações oriundas de tutela antecipada.⁶⁷⁷

⁶⁷⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança*: um tema com variações. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 39-51.

⁶⁷⁶ Sustentada especificamente para os casos de desapropriação indireta, frise-se, com base no inciso II do art. 273 – manifesto propósito proletório do réu - em decorrência de atitudes oriundas do Poder Público, não só no curso do processo, que evidenciem *objetivo de retardar a solução de direito material* com a injustificável *resistência ao cumprimento do mandamento legislativo* ou então com *oferecimento de defesa esmaecida e inconsistente*, tendo a medida inclusive *efeito pedagógico*, visto que inúmeros casos encontrados na jurisprudência careceriam do aforamento de ação caso houve cumprimento espontâneo da norma jurídica pelo Poder Público, conforme entendimento e palavras extraídas do artigo de autoria do processualista.

⁶⁷⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. Disponível: <http://www.uepg.br/rj/a1v1at14.htm>. Acesso em 13.10.2005.

Teori Albino Zavascki⁶⁷⁸ tece entendimento no sentido de o art. 100 da CF não constituir empecilho à concessão da medida antecipatória e nem ao desencadeamento da execução provisória; porém, por consistir a decisão antecipatória da tutela de mérito um título executivo formado à base de cognição sumária, entende que o levantamento do valor do precatório supõe a outorga de caução idônea, nos termos da legislação processual.⁶⁷⁹

Já para Elton Venturi o regime constitucional de pagamento das dívidas do Poder Público via precatório além de não ser absoluto⁶⁸⁰, tampouco consistiria em óbice à eficácia da antecipação dos efeitos de tutela diversa da condenatória, como as tutelas mandamental e executiva *lato sensu* que determinam o cumprimento de um fazer ou um não-fazer pelo Poder Público.⁶⁸¹

Também Eduardo Talamini assevera que ao menos no que diz respeito à antecipação da *tutela específica* (ordem de cumprimento pelo réu) o sistema constitucional de precatórios não configura óbice para a antecipação da tutela de fazer ou de não fazer contra o Poder Público. Para ele, o art. 100 da CF apenas constituirá limite nos casos em que a

⁶⁷⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 160.

⁶⁷⁹ O autor refere-se ao inc. II do art. 588 do CPC que atualmente corresponde ao art. 475-O, com entrada em vigor da Lei 11.232/2005 em 23.6.2006. Todavia, o art. 475-O, §2º, inc. I, do CPC, com alteração dada pela Lei nº 11.232/2005 (que revogou o §2º do art. 588, que tratava do assunto), prevê dispensa de caução na execução provisória de crédito de natureza alimentar e de crédito decorrente de ilícito, condicionando que o exequente além de credor de quantia não superior a 60 salários mínimos ainda se encontre em *estado de necessidade*. Com relação à quantia limite de 60 salários mínimos a regra já encontra previsão no sistema processual civil *público* (art. 87 da ADCT e art. 17 da Lei 10.259/2001), como critério adotado para dispensa da necessidade do precatório, bastando para tanto seja requisitado pelo magistrado o valor devido diretamente ao Poder Público. Quanto ao *estado de necessidade* como paradigma para dispensa de caução nas execuções provisórias regidas pelo direito processual *privado*, preleciona Cassio Scarpinella Bueno que o “estado de necessidade” constitui: “[...] conceito vago que, por definição, pressupõe à luz das circunstâncias de cada caso concreto, quero crer que um referencial seguro para sua inteligência é entendê-lo como a contra face dos “atos dos quais possa resultar grave dano ao executado”. Caberá ao juiz, de cada caso concreto, verificar qual é o “melhor” direito e reconhecer qual dos direitos, do executado ou do exequente, deve ser satisfeito em primeiro lugar, mesmo que em detrimento do outro. Se for o exequente quem tiver maior urgência (maior *necessidade*) na satisfação de seu direito (reconhecido em título executivo), a caução deve ser dispensada (BUENO, Cassio Scarpinella. *Execução Provisória. Execução Civil: aspectos polêmicos*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 59). De modo que ao se adotar o critério do *estado de necessidade* como forma de relativizar a ordem cronológica do pagamento por precatório, o juiz poderá ponderar, conforme a *necessidade* apresentada em cada caso concreto, qual credor deve ter preferência na satisfação de seu direito, isto é, em qual ou quais casos concretos a omissão do Poder Público em cumprir com seu dever poderá causar maior gravame ao jurisdicionado, ponderando-se, pois, os bens e interesses em conflito.

⁶⁸⁰ Ressaltando-se possibilidade de requisição de pequeno valor prevista no §3º, art. 100, da CF/88.

⁶⁸¹ VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 278.

antecipação prevista no art. 461, §3º, do CPC, envolva pagamento em dinheiro, pois apesar de possível a medida de urgência nesses casos, deverá ser observado o sistema constitucional de precatórios na cobrança de eventual multa diária incidente pelo descumprimento do provimento antecipador e para a obtenção de numerário destinado a cobrir os custos da realização do resultado prático equivalente deferido em tutela antecipada, devendo a execução provisória ir apenas até a expedição do precatório ou, se for o caso, até o depósito judicial da quantia, que deverá permanecer depositada enquanto não houver o julgamento definitivo da ação.⁶⁸²

Entretanto, determinar o cumprimento de um fazer (atuação positiva) pelo Poder Público mediante tutela de urgência não raro exige para sua obediência disponibilidade de recursos financeiros pelo ente público, em especial em matéria social, como a imposição de um fazer consistente em fornecer medicamentos para tratamento de doença grave, situação em que a urgência da medida representa salvaguardar o próprio direito à vida do cidadão. Nestes casos, descumprida a determinação judicial dever-se-á como forma de assegurar o resultado prático equivalente não só desfechar a execução provisória até que ocorra o depósito judicial do numerário em dinheiro suficiente para aquisição do medicamento, como também garantir, no plano fático, a satisfação do direito à saúde do demandante.

Por fim, e sem se atentar aqui para o fato de hoje ser imperiosa uma alteração constitucional quanto ao sistema de precatórios, em especial no que atine aos critérios preferenciais adotados para pagamento dos “créditos de pequeno valor”, anda-se na esteira de Cassio Scarpinella Bueno⁶⁸³, no sentido de ser necessário encontrar meios de conciliar e ponderar *valores jurídicos* existentes do sistema, no caso: *efetividade do processo e proteção ao patrimônio público*; o que se faz mediante técnica da proporcionalidade

⁶⁸² TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 362.

⁶⁸³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança*: um tema com variações. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 39-51.

norteada pelos interesses públicos *primários*, pelos direitos fundamentais e diretrizes traçadas no art. 3º da CF, através de ampla interpretação do art. 5º, inciso XXXV, também da CF.

4.4.2 Limites à inefetividade da tutelas de urgência contra o Poder Público

Ultrapassados os questionamentos existentes sobre a possibilidade de concessão de tutelas de urgência contra o Poder Público, sendo atualmente incontestado a possibilidade da medida, necessária a análise de sua viabilidade quando a tutela jurisdicional pretendida pelo demandante seja a prestação de direitos sociais pelo Poder Público, uma obrigação de fazer, portanto.

O cumprimento de um fazer (atuação positiva) pelo Poder Público mediante tutela de urgência não raro exige para sua obediência disponibilidade de recursos financeiros pelo Estado, em especial quando se tratar de concretizar políticas públicas de conteúdo social, o que faz esbarrar sua efetividade no sistema de precatório previsto como forma de cumprimento das obrigações pecuniárias pelo Poder Público, mesmo que pecuniárias específicas, como é o caso do dever de prestar o benefício assistencial continuado no valor de um salário-mínimo mensal.

Com efeito, caso o Poder Público não cumpra espontaneamente a decisão judicial que determine a execução ou implementação de política pública ou a concretização de direitos sociais a prestações, deverá o magistrado fazer valer sua decisão através de técnicas de execução, direta ou indireta. Quanto à forma de cumprimento das decisões que antecipam os efeitos de tutela contra o Poder Público, Luiz Rodrigues Wambier⁶⁸⁴ prevê sua viabilização através de depósito da quantia respectiva em conta bancária vinculada ao juízo e à sua disposição, oriunda de recursos orçamentários previstos, como exemplo, na dotação relativa

⁶⁸⁴ Ressalte-se, entretanto, que sua tese é defendida com base especificamente nas ações de desapropriação indireta.

às “despesas variáveis” ou de dotações outras, comumente incluídas nos orçamentos públicos⁶⁸⁵. Ainda, ao discorrer sobre a *execução* da decisão concessiva da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, Luiz Rodrigues Wambier antevê (posto que o artigo foi escrito antes da reforma que altera o §3º do art. 273 pela Lei 10.444, de 7.5.02) a espinha dorsal processual em que consistiria o art. 461, então recém introduzida sua nova redação ao Código de Processo Civil, ao afirmar a possibilidade da jurisdição aplicar o disposto no §5º do art. 461 quando descumprida ordem liminar pelo Poder Público, inclusive com o seqüestro de valores encontrados em conta bancária de modo a tornar efetiva a prestação jurisdicional.⁶⁸⁶

Com efeito, na atual sistemática jurídico-processual proporcionada pela implantação do estatuto das tutelas específicas e sua inegável efetividade na concretização das decisões judiciais⁶⁸⁷, inclusive em desfavor do Poder Público, pensa-se estar correta a tese de Cassio Scarpinella Bueno acima apontada, de ter o juiz possibilidade, conforme as peculiaridades do caso concreto e verificada a inaptidão da satisfação do direito do credor, ponderar qual a medida executiva mais eficaz na prestação da tutela jurisdicional de acordo com o direito material a ser efetivado, podendo, dentre outras medidas, determinar seqüestro de dinheiro em cofres públicos e o bloqueio de recursos em conta corrente com conseqüente transferência e depósito em conta a disposição do juízo, conforme já tem entendido reiterados precedentes judiciais⁶⁸⁸. Contudo, não se trata de aferir uma regra abstrata e *a priori*, pois,

⁶⁸⁵ Ressaltando, porém, que a liberação do dinheiro apenas seria possível “em casos excepcionalmente considerados, porque a regra é que a execução de liminar antecipatória seja apenas provisória, i.é, reversível”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. Disponível: <http://www.uepg.br/rj/a1v1at14.htm>. acesso em 13/10/2005).

⁶⁸⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. Disponível: <http://www.uepg.br/rj/a1v1at14.htm>. acesso em 13/10/2005.

⁶⁸⁷ O princípio da autonomia execução, ademais, restou sensivelmente mitigado com a reforma processual de 1994 que introduziu no sistema processual civil a possibilidade de se desfechar atos executivos no próprio processo cognitivo em proferida decisão concessora de tutelas específicas, isto é, cognição e execução na mesma relação jurídico-processual, sem que para tanto fosse necessário a instauração de novo processo com conseqüente nova citação do demandado.

⁶⁸⁸ Conforme recentes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça assim ementadas: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CUSTEIO DE TRATAMENTO

conforme ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, *para que o juiz possa concluir se é justificável ou não o risco, ele necessariamente deverá estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em vista outro, de acordo com valores do seu momento histórico*.⁶⁸⁹

Sem dúvida, a tutela jurisdicional nesses casos deve ser prestada *in limine* e ser capaz de produzir efeitos de imediato (exequível), sob pena de tornar inócua e inefetiva a prestação da tutela ao final do processo, quando o direito ameaçado já houver sido violado em decorrência da própria demora ou inefetividade da prestação jurisdicional, o que encontra perfeita sintonia com a norma disciplinada no §3º do art. 461, que estabelece como requisitos

MÉDICO. MOLÉSTIA GRAVE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ARTIGO 461, *CAPUT* E §5º DO CPC. 1. Além de prever a possibilidade de concessão da tutela específica e da tutela pelo equivalente, o CPC armou o julgador com uma série de medidas coercitivas, chamadas na lei de “medidas necessárias”, que têm como escopo o de viabilizar o quanto possível o cumprimento daquelas tutelas. 2. As medidas previstas no §5º do artigo 461 do CPC foram antecedidas da expressão “tais como”, o que denota o caráter não-exauriente da enumeração. Assim, o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se harmonizem às peculiaridades de cada caso concreto. 3. Precedente da 2ª Turma: “É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitido, inclusive a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos” (REsp 656.383/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 20.06.2005). 4. Não há que se falar, dessa feita, em falta de previsão legal da medida coercitiva de bloqueio em conta do Estado. 5. Agravo regimental improvido. (STJ- 2ª Turma, Rel. CASTRO MEIRA, AgRg no AgInst. 723.281/RS, j. 7.02.2006, DJ 20.02.2006);

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, §3º E 461, §5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO. 1. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Precedentes. 2. Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, artigo 730 do CPC e CF, artigo 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis. 3. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente. 4. Recurso especial a que se dá provimento. (REsp 827.133/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª Turma, julgado em 18.05.2006, DJ 29.05.2006 p. 204)

⁶⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 82.

para concessão da tutela antecipada específica: a relevância do fundamento da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final.⁶⁹⁰

Ademais, a concretização dos direitos sociais materiais, a exemplo do direito à saúde significa, não raro, garantir o próprio direito à vida do jurisdicionado, direito fundamental que deve ser protegido pelo Estado brasileiro conforme preceitua o art. 5º, *caput*, da CF, sendo não só aceitável mas imperiosa a intervenção do judiciário na concretização do direito fundamental à saúde. Contudo, *não se trata de estabelecer uma valoração abstrata dos bens em jogo, já que os bens têm pesos que variam de acordo com as diferentes situações concretas.*⁶⁹¹

Destarte, essa *práxis* jurisdicional prospectiva⁶⁹² de forma alguma representa violação ao dogma da separação dos poderes, ao qual contrapõe-se o atual papel subsidiário da função jurisdicional fundada no próprio princípio da soberania popular: onde falham legislativo e executivo cumpre ao judiciário velar pela consecução dos objetivos exarados na Constituição Federal. Com efeito, não se trata de invasão pelo Judiciário em área relegada à discricionariedade do Poder Público, mas sim de atuação substitutiva devido à omissão de um dos poderes do Estado no atendimento dos interesses públicos *primários* mais vitais apresentados pela coletividade brasileira.

⁶⁹⁰ É preciso ressaltar, ainda, conforme lição de Marcelo José Magalhães Bonício, que: “A possibilidade de concessão de tutela antecipada, no estatuto da execução específica, é mais fácil do que no processo convencional. Enquanto no art. 461, §3º, as exigências para a concessão da tutela antecipada são apenas duas (relevância do fundamento da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final), no art. 273 as exigências são bem maiores (prova inequívoca, verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou caracterização do abuso de direito de defesa). (BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Reflexões sobre a nova tutela relativa às obrigações de entregar coisa certa ou incerta. *Revista dos Tribunais*. ano 92, vol. 811, p. 84, maio.2003).

⁶⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela na Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 82.

⁶⁹² Por essa mesma razão, também na órbita do direito do consumidor verifica-se uma maior proteção do consumidor em relação aos planos de saúde privados, casos em que através do método ponderativo privilegia-se a vida do segurado em detrimento do interesse patrimonial da Seguradora, como a tutela judicial ao recém-nascido que precisa ser mantido na UTI neonatal por tempo superior ao constante no contrato da seguradora de saúde mesmo diante de argumentos de ser a medida, de urgência por óbvio, irreversível (art. 273, §2º, CPC). Sobre o assunto: ZÉFIRO, Gabriel de Oliveira. O direito à razoável duração da demanda. In: *A Constitucionalização do Direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. ANDRADE, André (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 367-380.

Portanto, em determinados casos concretos e demonstrada a necessidade de amparo jurisdicional de urgência, como ocorre, por exemplo, quando em jogo direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, como os direitos materiais sociais previstos no texto constitucional, não exclusivamente o direito à saúde, mas também direitos como a assistência social e a educação deve ser mitigado qualquer óbice de ordem formal, haja vista entrarem em cena valores supremos e detentores de primazia no ordenamento jurídico de um Estado democrático e social de direito.

Em outras palavras, deve-se adotar o princípio da proporcionalidade como fator condicionante das decisões judiciais também quando se tratar de antecipar os efeitos da tutela final em desfavor de pessoas jurídicas de direito público, pois quando se fala em normas de cunho principiológico com grande carga axiológica não se pode conceber uma regra hermenêutica rígida e neutra, completamente desvinculada das reais necessidades apresentadas pelo caso concreto e dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, traçados pelo Constituinte de 1988 e ainda não concretizados no país⁶⁹³.

4.5 Medidas executivas contra o Poder Público

De um modo geral, distingue-se as medidas executivas em dois grandes grupos: a) medidas executivas *indiretas*, também denominadas medidas coercitivas; e, b) medidas executivas *diretas* ou sub-rogatórias.

Na lição de Araken de Assis⁶⁹⁴, as medidas executivas indiretas tendem a influir diretamente na vontade da pessoa obrigada ao cumprimento da decisão judicial,

⁶⁹³ Necessário, porém, uma ressalva quanto à “liberdade” hermenêutica, o que se faz segundo as palavras de Lenio Luiz Streck: “Claro que essa interpretação não se constitui em uma *tradução arbitrária*, isso porque compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente e válido (despiciendo lembrar que toda interpretação estará (de)limitada pela Constituição, entendida na sua materialidade)”. (STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. *Direito e Poder: Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. TÓRRES, Heleno Taveira (Coord.). Barueri: Manole, 2005, p. 52.

⁶⁹⁴ Cf. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 33.

incluída a ameaça de prisão⁶⁹⁵ e a imposição de multa pecuniária (*astreinte*), além de medidas *atípicas*, ou de apoio, previstas no §5º, do art. 461 do CPC. Já as medidas executivas *diretas* ou por sub-rogação desprezam e prescindem da participação efetiva do devedor. No direito processual privado são exemplos a expropriação de bens prevista no art. 647 do CPC, aplicável à obrigação pecuniária; o desapossamento, nos termos do art. 625 do CPC, aplicável à entrega de coisa; e a transformação, art. 639 do CPC, aplicável à obrigação de fazer fungível.

O princípio da atipicidade “plena” das medidas executivas foi apenas recentemente incorporado ao sistema processual civil brasileiro através da redação dada ao §5º do art. 461 pela Lei nº 10.444/2002. As medidas executivas atípicas previstas neste dispositivo como a imposição de multa por tempo de atraso no cumprimento da decisão judicial, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, não constituem hipóteses *numerus clausus*, isto é, não são hipóteses taxativamente previstas pelo legislador, mas tão-somente medidas exemplificativas.⁶⁹⁶

Cândido Rangel Dinamarco preleciona que as medidas executivas atípicas, ou de apoio, autorizadas pelo §5º, art. 461, CPC, *aplicam-se tanto para a efetivação da tutela concedida em caráter definitivo (sentença, acórdão) como em antecipação (art. 461, §3º).*⁶⁹⁷

Este dispositivo processual, ademais, vem possibilitar a técnica da ponderação de bens e valores pelo julgador também quanto à adoção do meio executivo necessário, mais idôneo e eficaz para concretização da tutela jurisdicional adequada a cada

⁶⁹⁵ Consignando que a prisão civil por dívidas é restritivamente aplicável aos casos de descumprimento de obrigação alimentar, conforme art. 734 do CPC, ou nos do depositário infiel, haja vista expressa proibição constitucional de haver prisão civil por dívidas, excetuadas a do devedor de pensão alimentícia, por ato voluntário e inescusável, e a do depositário infiel (art. 5º, inc. LXVII, CF/88).

⁶⁹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: teoria geral; princípios fundamentais*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, esp. 408-409.

⁶⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 159.

caso concreto, individualmente considerado, com base em parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da norma segundo uma visão finalística.⁶⁹⁸

No direito processual público, porém, as técnicas de execução contra a Fazenda Pública fogem à regra “comum”. Em princípio, não é possível execução por sub-rogação ou expropriação e as modalidades de pagamento da dívida pública consubstanciam-se no sistema de pagamento do precatório ou na requisição de pagamento para obrigações de “pequeno valor” – estando expressamente prevista a figura do seqüestro, seja para o credor preterido em seu direito de preferência no recebimento do crédito (§2, art. 100, CF), seja para o credor de “pequeno valor” que não tem seu direito satisfeito no prazo legal (Lei nº 10.259/2001).⁶⁹⁹

Contudo alguns entendimentos atuais buscam formas de mitigar a rigidez do regime do precatório.⁷⁰⁰ Discute-se ainda a possibilidade de aplicação da multa como meio de coerção indireta e de medidas sub-rogatórias contra a Fazenda Pública como o bloqueio ou seqüestro de verbas públicas em situações não previstas em lei, ocasiões em que a aplicação de tais medidas, caso se entenda pelo cabimento, devem ser adotadas em situações consideradas limites, em que se pretenda preservar direitos de maior valor axiológico, como nos casos em que esteja em jogo os direitos à saúde, à educação, à vida e à existência digna.

4.5.1 A multa

⁶⁹⁸ Sobre o assunto: MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. *Revista de Processo*. ano 30, n. 127, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 55-74, set./2005.

⁶⁹⁹ Conforme Mauro Spalding: “Portanto, não existe *execução forçada* contra a Fazenda Pública, ou seja, não há tutela executiva em face do Poder Público; o que há é um procedimento com vistas a buscar a satisfação do direito creditório do exequente, porém, sem a garantia do sucesso desse desiderato” (SPALDING, Mauro. *Execução contra a Fazenda Pública Federal*: por quantia certa. Curitiba: Juruá, 2006, p. 264).

⁷⁰⁰ Pode-se citar Alberto Nogueira, para quem se “o precatório não for o mecanismo apto a atender ao crédito da Parte vencedora, o Juiz poderá atender de outra forma, com penhora, ou compensação em relação a créditos que o Fisco tenha em relação àquele credor” (.NOGUEIRA, Alberto. *Viagem ao Direito do Terceiro Milênio*: justiça, globalização, direitos humanos e tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 148).

As técnicas processuais de coerção indireta ou medidas coercitivas tendem a influir diretamente na *vontade* da pessoa obrigada ao cumprimento da decisão judicial como forma de atribuir *efetividade* às técnicas de tutela específicas e obstar reste como única solução sua conversão em perdas e danos (ressarcimento em dinheiro). Principal exemplo da previsão de medidas coercitivas no sistema processual brasileiro é a possibilidade de imposição de multa pecuniária - *astreintes*⁷⁰¹ - pelo juiz, a requerimento da parte ou mesmo *ex officio*, nos casos de desobediência ou retardo no cumprimento da ordem judicial.⁷⁰² Esta técnica coercitiva é expressamente prevista no §4º do art. 461 para o caso de descumprimento da tutela antecipada, ou no próprio §5º como forma de atribuir efetividade ao cumprimento da tutela na forma específica.

A *multa pecuniária* é, assim, medida coercitiva por excelência. A sua imposição como forma de compelir a pessoa obrigada ao cumprimento da decisão judicial é, sem dúvida, extremamente eficaz no direito processual *tradicional* através da dissuasão do devedor em cumprir espontaneamente a obrigação. Luiz Guilherme Marinoni ao tratar do uso da multa como forma de tornar eficaz ordem judicial que determine a prestação de tutela específica ressalta que o uso da multa não serve apenas para compelir o réu ao adimplemento da tutela na forma específica, mas também poderá atribuir efetividade à tutela pelo equivalente pecuniário, pois *a multa é apenas técnica processual, e, nessa condição, tem por*

⁷⁰¹ De origem francesa, a criação jurisprudencial deste mecanismo coercitivo pecuniário fez-se acompanhar do progressivo reconhecimento de que o juiz, além da *iurisdictio*, reveste-se do *imperium* inerente ao poder estatal. A *astreinte*, é destinada ao compelir a parte condenada ao cumprimento de uma decisão judicial e fixada em determinado valor pecuniário por dia de atraso no cumprimento da ordem do juiz, este valor terá como parâmetro as particularidades sócio-econômicas das partes envolvidas no litígio. (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 49)

⁷⁰² Ressalta-se a impossibilidade de cumulação de penalidades, como a imposição de multa pecuniária (*astreinte*) ao descumpridor da ordem judicial e após sua incursão no art. 330 do Código Penal que tipifica crime de desobediência. Neste sentido recente julgado do Supremo Tribunal Federal: Não se reveste de tipicidade penal - descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330) - a conduta do agente, que, embora não atendendo a ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária ("astreinte") fixada pelo magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito. Doutrina e jurisprudência. (STF, HC 86.254-RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 10.03.2006, p. 257)

*função convencer ao adimplemento. Nessa linha, a multa pode ser usada, em tese, para convencer o demandado a pagar o equivalente ao valor da lesão (tutela pelo equivalente).*⁷⁰³

No que atine a aplicação desta modalidade de medida coercitiva indireta no âmbito do direito processual *público*, o entendimento da doutrina e jurisprudência pátrias vem se manifestando no sentido de sua possibilidade, a exemplo de Eduardo Talamini⁷⁰⁴ e Luiz Guilherme Marinoni⁷⁰⁵, que entendem não haver óbice na cominação da multa contra pessoas jurídicas de direito público, pois nem argumentos como a violação ao princípio da separação de poderes ou aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público poderiam justificar subtrair o poder público de regime mais eficiente de concretização dos provimentos jurisdicionais.

Não obstante e apesar da ampla aceitação da aplicação da multa pecuniária contra o Poder Público, até mesmo no direito comparado como em França⁷⁰⁶, é questionável sua efetividade, em razão da própria natureza das pessoas jurídicas obrigadas ao cumprimento da decisão judicial e pelo fato de ser a própria sociedade que, indiretamente, arca com seu

⁷⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 606.

⁷⁰⁴ “Não há o que obste a cominação da multa contra pessoas jurídicas de direito público. A separação de poderes não serve de argumento em sentido contrário. [...] tampouco os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público justificam subtrair os entes públicos de regime mais eficiente de concretização dos provimentos jurisdicionais”. (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 246).

⁷⁰⁵ “[...]Lembre-se que a multa pode ser utilizada em relação ao Poder Público especialmente nos casos em que se deseja a entrega de coisa, fazer ou não-fazer. Não importa que, no caso de reajuste, o fazer deva implicar em pagamento. *É que a prestação jurisdicional, nesse hipótese, não condena a pagar. A sentença ordena a fazer.*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 660-661).

⁷⁰⁶ Cf. Eduardo Talamini: “Mesmo em ordenamentos em que se extraiu desse princípio uma limitação muito mais intensa da atuação do Judiciário frente ao Executivo, tem-se admitido o emprego da coerção patrimonial nessas hipóteses. Considere-se o exemplo da França” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 246); e Fábio Cardoso Machado: “O direito francês, atento a essa vantagem, estendeu a aplicação da *astreinte* inclusive aos casos de débito pecuniário, e permitiu sua utilização também contra pessoas jurídicas de direito público”. (MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 267).

pagamento. Nestes termos, Jônatas Luiz Moreira de Paula enfatiza que *a Fazenda Pública seria tanto credora como devedora, o que geraria confusão*.⁷⁰⁷

Também em recente julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça manifesta-se entendimento segundo o qual *nada adiantará a parte a condenação do Estado ao pagamento de astreintes por sua desídia. Referida medida não se reveste sequer sob a forma de prêmio de consolação; resulta, ao revés, em impor à parte carente sofrer “ad eternum” com a enfermidade que a acomete*.⁷⁰⁸

Demais disso, conforme bem ressalta Eduardo Talamini⁷⁰⁹, a *ideal* observância dos princípios norteadores da função pública tornaria a multa até desnecessária, pois o cumprimento dos provimentos judiciais é atender ao interesse público primário, isto é, não aquele interesse denominado secundário consistente no interesse do ente público como sujeito jurídico em si mesmo, mas o complexo de interesses prevalecentes na coletividade, e finaliza:

Esgotadas as possibilidades processuais de supressão ou suspensão do comando judicial, a Fazenda Pública *deveria (deve!)* sempre cumpri-lo, por assim estar atendendo o “interesse público primário” (o único interesse público) – e não por se sentir pressionada por medidas jurisdicionais de coerção. Como, no entanto, a realidade administrativa está longe daquele parâmetro ideal, os meios processuais de coerção, inclusive a multa, revelam-se de extrema utilidade⁷¹⁰.

Não se descarta, ademais, a possibilidade do agente público deliberadamente descumprir a ordem judicial por negligência ou má-fé, o que pode acarretar o aumento de encargos aos cofres públicos com a incidência da multa. Entretanto, Eduardo Talamini assevera que inclusive nesta situação a que denomina patológica o ente público não poderá se eximir de suportar a coerção patrimonial indireta e cabendo, após verificação da atuação dolosa ou culposa do agente público, ingressar com ação regressiva contra o mesmo

⁷⁰⁷ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002, p. 182-183.

⁷⁰⁸ STJ, trecho do acórdão proferido no REsp. 855.414/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ. 18/11/2006.

⁷⁰⁹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 246-247.

⁷¹⁰ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 246-247.

para ressarcimento do erário, além da possibilidade de imposição de penalidades criminal e administrativa à pessoa infratora.⁷¹¹

Entende-se, nesse ínterim, ser a responsabilização direta do agente público infrator de maior eficácia posto que o agente ocupa o cargo público para dar atendimento às leis e normas constitucionais, cujos atos devem visar, finalisticamente, o cumprimento dos objetivos traçados na carta política e os interesses públicos primários, jamais os interesses públicos secundários. Com maior peso, quando o direito for reconhecido em juízo.

Assim, é preciso se considerar que com a imposição da multa diretamente contra a pessoa do agente público teria a medida coercitiva eficácia haja vista ser de sua própria finalidade exercer pressão psicológica na pessoa obrigada ao cumprimento.⁷¹²

Eduardo Talamini discorre que em casos mais graves a multa deve ser:

[...] cominada diretamente contra a pessoa da autoridade coatora (assim como, em processos de outra natureza, contra o agente público incumbido do cumprimento da decisão). Em vista das peculiaridades (e deficiências) da estrutura interna administrativa, muitas vezes apenas a multa contra a própria autoridade atinge concretamente a meta de pressionar ao cumprimento. Para tanto, há de se interpretar o §5º do art. 461 como permitindo não apenas a adoção de medidas atípicas, mas também o direcionamento dessas medidas contra terceiros cuja cooperação seja imprescindível para a consecução da tutela. A atual redação do §5º, que agora inclui a multa no rol exemplificativo de “medidas de apoio” que o juiz pode tomar, reforça essa possibilidade (afinal, a multa dirigida ao próprio réu já está regulada nos §§ 4º e 6º). Obviamente, a cominação da multa diretamente ao agente público deve cercar-se de cautelas ainda maiores do que as que se deve ter na cominação da multa contra a própria parte. Por exemplo, em muitos casos é razoável que tal medida seja deixada para um segundo momento, quando se evidenciar a injustificável resistência do agente público. Além disso, deverá sempre ficar claro no ato de intimação ao agente que a multa lhe está sendo cominada pessoalmente.⁷¹³

⁷¹¹ Eduardo Talamini, também, entende não haver nenhum óbice na imposição da multa diária contra a Fazenda Pública, bem como do direito de regresso do ente público contra o agente que, por conduta pessoal dolosa ou culposa, der causa à incidência da multa e, ainda, aplicação de possível penalidade à pessoa do agente público descumpridor da ordem de segurança “É que, então, estar-se-á diante de pena de caráter *pessoal* voltada contra a conduta humana de afronta à ordem. Isso, aliás, ocorre em qualquer outro caso de inobservância de provimento mandamental voltado contra pessoa jurídica: quem responde penalmente é, sempre, seu representante”. (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 247 e 449).

⁷¹² Até mesmo quando se tratar de descumprimento de ordem exarada em ação de mandado de segurança, por aplicação subsidiária do art. 461 do CPC: “É cabível a cominação de multa diária por descumprimento de comando sentencial mandamental, ainda que não haja expressa previsão na Lei do Mandado de Segurança, por aplicação subsidiária do art. 461 do CPC. - A multa por eventual descumprimento da ordem contida na sentença deve ser fixada em R\$ 25,00 ao dia”. (TRF4, AMS 2000.71.12.004652-4, Quinta Turma, Relator do Acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, publicado em 31/07/2002).

⁷¹³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 449-450.

Ainda, quanto ao “prazo razoável” (conceito indeterminado), a que se refere o §4º do art. 461, para cumprimento da ordem judicial pelo Poder Público, deve o juiz antes da aplicação da multa utilizar como parâmetro o princípio da razoabilidade, conforme as necessidades e circunstâncias do caso concreto.⁷¹⁴ Neste ínterim nada impede, ainda que em casos excepcionais, seja a ordem judicial exarada para imediato cumprimento, sendo típicos exemplos as tutelas destinadas ao cumprimento de obrigações de não-fazer, ou mesmo em hipóteses de obrigação de fazer, como o caso de necessidade de realização de intervenção cirúrgica imediata, por estar em risco a própria vida do indivíduo. Sob outro aspecto, no mais das vezes esse “prazo razoável” deverá ser dilatado ou fracionado em face de peculiaridades existentes no caso concreto, como na hipótese de complexidade da prestação a ser cumprida⁷¹⁵, como a necessidade de importação de medicamento não disponível no Brasil.

4.5.2 Medidas sub-rogatórias ou atípicas contra o Poder Público?

Conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni, *em face dos arts. 461 e 84 do CDC, a sub-rogação pode ser utilizada nos casos de inadimplemento de obrigação fungível, de violação de norma e de dano que pode ser reparado na forma específica*.⁷¹⁶

José Miguel Garcia Medina questiona a possibilidade de serem empregadas medidas executivas por sub-rogação quando descumprida obrigação de fazer pela

⁷¹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 253.

⁷¹⁵ Sobre o assunto, as lições de Eduardo Talamini: “Por outro lado, em muitos casos, o prazo razoável para cumprimento haverá de ser dilatado por força de peculiaridades concretas. Mais ainda: não se descarta que o juiz, em vez de fixar um único prazo para o cumprimento integral, fixe, em vista da complexidade da prestação envolvida, um cronograma com marcos parciais que possam ser objetivamente aferidos – cominando multa proporcional para o caso de descumprimento de cada uma dessas etapas. Tome-se como exemplo o caso em que se impõe judicialmente ao Poder Público a implementação de uma política pública constitucionalmente imposta (v. a respeito o item 4.5) ou se determina a uma empresa privada ou ente público a adoção de providências destinadas a cessar a poluição de um rio”. (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 p. 253).

⁷¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica: artigo 461, CPC e 84, CDC*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 78.

Administração Pública. Posiciona-se, porém, pela possibilidade, por ser *imperativo no Estado de Direito que todos os órgãos do Estado se submetam à ordem jurídica, não se podendo permitir a inobservância do direito declarado pelo juiz com amparo numa interpretação restrita do princípio da separação dos Poderes*.⁷¹⁷

Nesta ótica, entende ser possível para a viabilização do cumprimento da obrigação de fazer imposta pela decisão judicial tanto a nomeação de terceiro com poderes específicos para realizar determinado ato jurídico, o que não significaria a total destituição do agente público de suas funções; quanto à possibilidade de intervenção para cumprimento da decisão judicial a ser definida pelo próprio juiz com base no §5º do art. 461.⁷¹⁸ Entendimento corroborado por Eduardo Talamini, para quem: *não há o que impeça em termos absolutos o emprego de meios de sub-rogação quando o réu for a Fazenda Pública. Se o Poder Público está obrigado à prestação de um fazer e não a cumprir, cabe a realização por terceiro, na medida em que a tarefa seja fungível*.⁷¹⁹

Importa frisar que a própria Constituição Federal prevê a possibilidade de intervenção da União nos Estados e Distrito Federal para assegurar a observância dos direitos da pessoa humana e a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (art. 34, VII, “b” e “c”, CF), bem como neste último caso, intervenção tanto do Estado quanto da União nos Municípios, relativo à aplicação da receita municipal mínima (art. 35, III, CF).⁷²⁰

⁷¹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: teoria geral; princípios fundamentais*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 430.

⁷¹⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: teoria geral; princípios fundamentais*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 432-433.

⁷¹⁹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 p. 300.

⁷²⁰ O problema será: em sendo descumprida a ordem judicial pela União, haverá possibilidade de intervenção? Mauro Spalding entende pela negativa: “[...] sendo descumprida a ordem judicial pela União, não há falar-se em intervenção, por razões óbvias, o que torna ainda menos efetiva a tutela jurisdicional executiva”. (SPALDING, Mauro. *Execução contra a Fazenda Pública Federal: por quantia certa*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 265)

Luis Roberto Barroso, por sua vez, citando hipótese de descumprimento de decisão judicial que obrigue a prestação de ensino fundamental obrigatório e gratuito ao menor pelo Estado, ressaltando a dificuldade prática de se condenar o ente público à construção de uma escola, entende ser perfeitamente sanável esta dificuldade com sua substituição por outra medida que assegure o resultado prático equivalente, como a possibilidade de *condenar-se o Estado a custear o estudo do menor em escola privada existente na área*.⁷²¹ Sem dúvida o §5º do art. 461 autoriza ao juiz determinar que o Poder Público cumpra a prestação específica equivalente.

De modo que é possível ao Estado-juiz fazer valer as decisões judiciais proferidas contra a Administração Pública também através de medidas processuais atípicas com base no art. 461, §5º do CPC, o que deverá ser feito conforme as necessidades apresentadas pelo caso concreto e, de acordo com o tema tratado no presente estudo, segundo a valoração axiológica do direito social a ser prestado pelo Estado.

Entre outras medidas sub-rogatórias, o bloqueio de verbas públicas⁷²² constitui eficiente meio executivo para efetivação da decisão judicial descumprida pelo Estado, o que se faz através do bloqueio de numerário em dinheiro encontrado em conta bancária, sistema que ademais tem se agilizado através da parceria do Banco Central com o Judiciário brasileiro (BACEN-JUD)⁷²³, com efetivação do bloqueio diretamente pelo magistrado via internet (on-line) ou com expedição de ofício para o Banco Central⁷²⁴; e também mediante seqüestro de dinheiro diretamente nos cofres públicos do ente obrigado ao

⁷²¹ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7ª ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2003, p. 149.

⁷²² Atualmente é nesse sentido o entendimento jurisprudencial sobre o assunto, conforme acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica no REsp n. 811.552-RS (DJ 29/5/2006) e no REsp 827.133-RS (DJ 29/5/2006); entre outros.

⁷²³ Convênio de Cooperação Técnico-Institucional celebrado entre o Superior Tribunal de Justiça – STJ, Conselho da Justiça Federal e Banco Central do Brasil, já aderido por outros Tribunais pátrios, como o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em 2001, apesar de sua utilização ainda consistir em faculdade do juízo vem sendo adotado por maioria dos juízes nacionais.

⁷²⁴ Ademais, a atual redação do art. 655 do CPC, inc.I, com redação dada pela Lei 11.382/06, pertencente ao conjunto de regras do que se optou por denominar “direito processual privado” preve: “A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I – dinheiro, em espécie ou em aplicação em instituição financeira”.

cumprimento da decisão judicial, se mostram de inegável efetividade por permitirem a obtenção do resultado prático equivalente e ainda como forma de evitar a ineficácia do provimento pela demora de tempo.

Contudo, também aqui ocorrerá verdadeiro corte epistemológico com a dogmática tradicional visto que se estará possibilitando medidas sub-rogatórias contra o Poder Público, como o bloqueio ou seqüestro em situações não previstas em lei e conseqüente penhora de verba pública.⁷²⁵ Porém, de pouca utilidade e efetividade mostra-se posicionamentos como o de que deferida a antecipação da tutela específica para obtenção de numerário destinado a cobrir o custo da realização do resultado prático equilavante, deve a execução provisória ir apenas até o depósito judicial da quantia, a qual deverá permanecer depositada enquanto não houver o julgamento definitivo da ação⁷²⁶, pois a efetividade da medida, em determinadas situações concretas e relevadas as necessidades sociais, consiste justamente na possibilidade de satisfação do direito do credor de imediato, sem que a decisão judicial tenha transitado em julgado.

Situações de urgência, como nas que estejam em risco a saúde ou a vida do cidadão, caso não cumprido espontaneamente pelo Estado-administrador seu dever prestacional, não basta que o dinheiro fique depositado em conta vinculada ao juízo, pois nos casos em que se pretenda a prestação de um direito social pelo Estado a necessidade emanada do mundo dos fatos é urgente, situação que requer a imediata satisfação do direito reconhecido em juízo, mesmo que em sede de antecipação de tutela, sob pena de se tornar inócua a efetivação do provimento apenas ao final do processo.

⁷²⁵ “É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitido, inclusive a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos” (REsp 656.383/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 20.06.2005).

⁷²⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 362.

Assim em matéria social, de forma especial, a relativização da tipicidade dos meios sub-rogatórios contra o Poder Público se torna freqüente ao se possibilitar o imediato bloqueio e penhora de dinheiro (público) existente em contas bancárias de titularidade de pessoas de direito público para fins de garantir o resultado prático equivalente com a satisfação do direito material social, inclusive mediante concessão de tutela de urgência, o que se justifica, ademais, pelo próprio caráter emergencial das situações concretas, por óbvio quando não prestada a obrigação voluntariamente e na forma específica pelo Estado.⁷²⁷

Em todo caso, a decisão judicial deve estar pautada no método ponderativo da proporcionalidade e norteadada pelo interesse público *primário*, pelos objetivos traçados no art. 3º da CF de pelos direitos fundamentais, devendo o juiz ponderar os bens e valores em conflito conforme a *necessidade* apresentada em cada caso concreto. Por outro lado, não se estará violando o princípio da supremacia do interesse público e a ordem pública, posto que através de decisões deste jaez apenas se possibilita a concretização de direito material do indivíduo e coletividade, expressamente reconhecido e amparado pela Constituição Federal, em substituição ao dever de ação omitido pelo Poder Legislativo ou Executivo.

⁷²⁷ PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, §3º E 461, §5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO. 1. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (*astreintes*) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Precedentes. 2. Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis. 3. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente. 4. Recurso especial a que se dá provimento. (STJ, REsp. 827.133/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ 29.05.2006 p. 204). No mesmo sentido: STJ, STJ, REsp. 827.133/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ 29.05.2006 p. 204

Sem dúvida a possibilidade de bloqueio, seqüestro ou penhora de dinheiro público em situações não previstas em lei afigura-se em matéria delicada, principalmente em atenção à impenhorabilidade dos bens públicos. Por outro lado, afigura-se inconcebível em um regime constitucional democrático que a grande maioria do povo pereça de fome ou viva na indignidade, na subnutrição e na miséria, sem condições para aquisição de medicamentos e assistência médico-farmacêutica necessários à sua sobrevivência, sem educação fundamental, enfim, marginalizados e excluídos do processo social, enquanto, exemplificativamente, o governo dispõe de automóveis luxuosos e aeronave para uso particular do chefe de estado ou gasta bilhões com locomoção e hospedagem de assessores e funcionários do governo federal.⁷²⁸ Paulo Bonavides visualiza esta perspectiva ao se resgatar o múnus desatendido e imposto pelo constitucionalismo contemporâneo e sua hermenêutica de princípios, *com prevalência normativa de valores, do quilate daqueles estampados na dignidade da pessoa humana e na inviolabilidade da soberania, em face de políticas de governo lesivas aos interesses da nação.*⁷²⁹

Deve haver, portanto, ponderação dos valores e bens em conflito pelo magistrado, embasado no princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, para que em determinadas situações fáticas e quando em jogo a omissão ou tolhimento de direitos fundamentais que acarrete, mesmo que indiretamente, violação ao próprio direito à vida e à dignidade do cidadão brasileiro, por exemplo, seja mitigada a regra da impenhorabilidade dos

⁷²⁸ Conforme dados da Organização Não-Governamental (Ong) Contas Abertas, especializada em acompanhar os gastos públicos com base no Sistema Integrado de Administração Financeira (Siafi), de janeiro a novembro de 2006 o governo federal (União) gastou R\$ 1,03 bilhão com viagens de funcionários públicos, incluídas despesas com passagens aéreas, locomoção e hospedagem, sendo os gastos mais elevados próximo ao período eleitoral, especialmente em setembro (cinco vezes mais com diárias de civis em hotéis): “O economista Gil Castelo Branco observou, porém, que pouco destas despesas são de viagens do presidente Luiz Inácio Lula da Silva e de seus ministros. Como o presidente viaja no Aerolula e os ministros, na maioria das vezes, em jatos da Força Aérea Brasileira (FAB), as despesas quando eles se locomovem são mais com combustíveis. Os gastos, portanto, são com viagens de assessores – muitos acompanharam Lula durante as eleições”. Constata-se, ainda, que o valor liberado até novembro (R\$ 1,03 bilhão) é mais que o triplo do que foi gasto com o programa de proteção ao vôo e segurança do tráfego aéreo (R\$ 315,71 milhões). (Fonte: Jornal Folha de Londrina, de 27/11/2006, p. 3)

⁷²⁹ BONAVIDES, Paulo. A democracia participativa e os bloqueios da classe dominante. *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Barueri: Manole, 2005, p. 439.

bens públicos e possibilitada a penhora em dinheiro em conta bancária ou nos cofres do(s) ente(s) público(s) responsável(is) pelo atendimento emergencial das necessidades apresentadas pelo caso concreto, não havendo como se estabelecer, nos dias atuais, parâmetro fixo e imutável como método hermenêutico como outrora se pretendeu estabelecer através do silogismo judiciário pautado no logicismo formal.

Demais disso, levando em consideração que os fins do Estado Democrático de Direito referidos no art. 3º da CF inserem-se nos interesses públicos primários, a violação ao verdadeiro interesse público se faz a partir da omissão do dever prestacional e se completa com o descumprimento da decisão judicial pela Administração Pública. Eduardo Talamini⁷³⁰ bem ressalta que a ideal observância dos princípios norteadores da função pública tornaria a medida executiva até desnecessária, pois em determinados casos o cumprimento dos provimentos judiciais pela Administração é atender ao interesse público *primário*, formado pelo complexo de interesses prevaletentes na coletividade.

⁷³⁰ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 246-247.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 além de inovar a ordem política com a (re)democratização do país insere forte carga axiológica em todo o sistema jurídico, que passa a ser (re)visto e (re)lido através das lentes constitucionais. A partir de então passa a vigor, no Brasil, um Estado Constitucional Democrático garantidor da dignidade de cada um de seus cidadãos, pois reconhecido este princípio basilar como fundamento do Estado democrático (art. 1º, III, CF) e como fim da ordem econômica do país (art. 170, CF). A dignidade da pessoa humana passa a ser fator condicionante da interpretação e integração dos direitos fundamentais e das normas jurídicas de um modo geral. E mais: passa a ser o limite para a atuação do Estado, incluído suas três esferas de Poder.

Com mais razão quando se tratar de proteger a dignidade humana através da garantia do mínimo existencial, quando, extreme de dúvidas, pode-se falar em direito subjetivo individual baseado no direito originário a prestações sociais, isto é, o indivíduo com o direito de exigir judicialmente a prestação estatal baseando sua pretensão diretamente no texto constitucional, independe ou para além da conformação ou concretização legislativa. Ressalte-se a possibilidade de o idoso ou portador de deficiência obter a concessão do benefício assistencial continuado mesmo quando a renda familiar *per capita* seja superior ao parâmetro objetivo fixado pelo legislador quando da conformação deste direito social a prestações positivas, quando o idoso ou deficiente demonstre a condição de miserabilidade em que sobrevive. Nesta seara, impossível deixar de ressaltar a práxis judicial prospectiva demonstrada pelos Tribunais pátrios ao se estender o benefício em comento aos portadores do vírus HIV/AIDS quando demonstrada a incapacidade para o trabalho e a vida independente.

Efetivamente existe um mínimo existencial a ser garantido aos indivíduos e à coletividade, constituído pelas prestações indispensáveis a uma existência digna, sendo que as

dificuldades econômicas e fáticas apontadas pela “reserva do possível” e pela competência legislativa em matéria orçamentária podem ser transpostas no caso concreto, a partir da perspectiva oferecida pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, considerado núcleo essencial da hermenêutica prospectiva.

No atual contexto social existente no Brasil, a própria noção do que sejam os reais interesses públicos primários tendem a confluir e convergir com o princípio da dignidade humana que, apesar de não absoluto, passa a ganhar primazia na ponderação de bens e direitos em colisão, com o que o “princípio da supremacia do interesse público” deve ser criticamente repensado, visto a sua inadequação aos atuais parâmetros hermenêuticos de proporcionalidade e razoabilidade.

Através de uma visão substancialista da legitimação democrática possível o controle e a adequação de políticas públicas pela Jurisdição, que passa a assumir, abertamente, uma função política, o que a distancia, e muito, do papel que lhe ficou reservado pela ideologia iluminista. Todavia esta atuação prospectiva deve se pautar nos fins e objetivos do Estado brasileiro (art. 3º) e nos direitos fundamentais, sob pena de se tornar ilegítima. Do mesmo modo, imprescindível a adequada motivação ou fundamentação das decisões judiciais em atenção aos princípios republicano e democrático. Todavia, os reais parâmetros da atuação jurisdicional não podem ser estabelecidos de modo abstrato como pretendido outrora pelo racionalismo-positivista.

Nesse plano, a postura crítica da Jurisdição como elemento transformador da realidade social deve romper com o saber jurídico acumulado, sendo as bases metodológicas fornecidas pela Teoria Crítica do Direito importantes meios dialéticos entre a realidade e o discurso, entre a teoria e a prática. Com efeito, as categorias críticas – sociedade, ideologia, alienação e práxis – fornecem bases seguras para a atuação judicial prospectiva, desarraigada de mitos como o da completude do ordenamento jurídico e o da neutralidade da

lei e do juiz, visto a aberta confissão de que o elemento político sempre esteve indissociado do jurídico no percorrer da história.

Em outras palavras, a noção de práxis como dialeticidade entre teoria e prática possibilita a construção científica do direito a partir de dados reais e empíricos, surgidos na dinâmica social, e não mais a partir de conceitos e categorias universalizantes e abstratamente consideradas. Com isso, a práxis judicial prospectiva parte da realidade social em que se situa o julgador em determinado tempo e lugar para ser elemento de transformação dessa mesma realidade.

Por ser o processo instrumento da Jurisdição, também suas fontes materiais tendem a se alargar a partir da epistemologia crítica, haja vista o reconhecimento da necessária interdisciplinaridade entre diversas ciências, como a política, a economia, a sociologia, entre outras. Com isso, o direito processual civil assume nova função axio-política e ganha novas perspectivas como canal de comunicação entre os anseios disseminados na sociedade e núcleo decisório das políticas públicas, possibilitado pela garantia de amplo acesso à justiça e pela participação popular através do processo.

A importância de focar pontualmente a questão cresce em dias atuais, em que o fenômeno conhecido por globalização tende a impor suas políticas neoliberais em todos os cantos do globo terrestre, sendo os países “periféricos” como Brasil os maiores prejudicados com as imposições do capital. Em países como o Brasil pode-se referir ao fenômeno como “globalização da pobreza” devido ao retrocesso na implementação de direitos sociais ocasionado com o contingenciamento (na verdade desvio) de recursos públicos para atender às políticas monetárias e fiscais impostas por organismos internacionais como o FMI e Banco Mundial, o que distancia o Estado brasileiro, que não é um fim em si mesmo, dos compromissos assumidos ao se implementar no país um regime democrático destinado a erradicar a pobreza, diminuir as desigualdades sociais e promover o bem de todos.

Nesse contexto, a pobreza passa a ser categoria fundamental a ser adotada pelo Estado-Juiz como forma de legitimar sua atuação política. Funciona a pobreza como situação-limite a ser abertamente adotada quando se fala em proteção judicial deste grupo de cidadãos viventes na indignidade. Incontestemente a condição de “carência” ou “exclusão social” que acompanha a norma constitucional consagradora de direitos sociais prestacionais.

A igualdade (formal) proclamada pelo liberalismo clássico - “dos sem rosto e sem cor” – perde espaço diante de um “direito fundamental à diferença” garantido ao grande contingente de “minorias” detentoras de direitos sociais e individuais indisponíveis frente à sociedade brasileira.

Não por outra razão a ordem jurídica passa a eleger meios processuais aptos a proteção de determinados grupos de pessoas, inclusive com a outorga de titularidade da ação a legitimados ativos outros que não os próprios titulares dos direitos materiais violados ou ameaçados de lesão. O Ministério Público tem desempenhado importante papel como “defensor do povo”.

Em pese a preocupação constitucional em prever garantias fundamentais para tutela dos direitos previstos em seu corpo, na prática elas têm-se mostrado de pouca ou nenhuma eficácia e efetividade quando se trata das denominadas “omissões inconstitucionais”, salvo para constituir em mora o Estado-Legislator. Por esta razão, visualiza-se a imposição ao Estado-Administração do seu dever de prestar determinados direitos sociais, como a saúde, a educação e a assistência social, através das tutelas específicas de fazer, conforme atualmente disseminadas no sistema jurídico-processual pátrio.

Tanto a ação individual como a ação civil pública mostram-se importantes meios de reivindicação de direitos sociais amparados no próprio texto constitucional ou, quando já regulamentados pelo legislador ordinário, também em normas infraconstitucionais como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso.

Devido à emergência apresentada pelas situações fático-concretas a tutela jurisdicional deve ser célere e efetiva, sob pena de se tornar intempestiva e inócua. Assim, óbices inicialmente opostos à possibilidade de concessão de medidas cautelares e antecipatórias satisfativas em desfavor do Poder Público devem ser transpostos, com mais razão, quando o direito ameaçado se tratar de direito social prestacional, situações nas quais, não raro, encontra-se em jogo não só a existência digna do cidadão, mas o próprio direito fundamental à vida.

Não obstante o *ideal* seria o imediato cumprimento da prestação específica pelo Poder Público, na grande maioria dos casos torna-se necessário o desfecho de medidas executivas atípicas, como o bloqueio e penhora em dinheiro público existente em contas bancárias como garantia da satisfação do direito social prestacional judicialmente reconhecido, sabido que sua efetivação requer dispêndio de recursos públicos. Situações nas quais o interesse patrimonial e financeiro do Estado (interesse público secundário) deve ser ponderado tendo em vista as circunstâncias concretas. Não como uma valoração abstrata e *a priori* de bens e direitos em conflito. Mas através da efetiva aplicação da técnica da proporcionalidade, pautada no raciocínio que lhe é inerente através suas três fases subseqüentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ou no princípio da razoabilidade que deve nortear todas as funções e atividades estatais.

Como efeito, quando em jogo valores axiológicos como a dignidade da pessoa humana ou os direitos fundamentais resta impossível ater-se a regras de tudo-ou-nada, “apesar de” e “devido a” primazia e relevância que assumem em meio a um regime que pretenda, efetivamente, se denominar democrático.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. 2ª ed., Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001.

_____. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Tradução Luís Afonso Heck. *Revista dos Tribunais*, n. 809, ano 92, p. 56, mar.2003.

_____. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. Tradução Luís Afonso Heck. In: *Revista de direito privado*. n. 24, p. 334-344, out-dez.2005.

ALIPRANTIS, Nikitas. Les droits sociaux sont justiciables. In: *Droit Social*. n° 2, Paris, p. 158-164, février.2006.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre Poderes. *Teoria dos direitos fundamentais*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 95-116.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (Org.). Dimensões da Interpretação Conforme a Constituição. In: *A Constitucionalização do Direito: a Constituição como lócus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 101-126.

ARNAUD, André-Jean. De la contractualisation contemporaine du droit. *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneo*. TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Barueri: Manole, 2005, p. 507-529.

_____. *O direito entre modernidade e globalização: Lições de filosofia do direito e do Estado*. Tradução Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. DULCE, María José Fariñas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Tradução de Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. *A ação civil pública no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. *Discrecionalidade Política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral (uma perspectiva luso-brasileira)*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Interesses públicos “versus” Interesses privados: desconstituindo o princípio de supremacia do interesse público*. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 171-216.

AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. Teoria Crítica, Democracia e Esfera Pública: concepções e usos na América Latina. *Dados: Revista de Ciências Sociais*. vol. 47, nº 4, Rio de Janeiro: 2004, p. 703-728.

BAGGIO, Roberta Camineiro. Republicanismo e federalismo social: perspectivas de efetivação dos direitos fundamentais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. Porto Alegre, vol. 28, n. 60, p. 129-146, jul./dez.2004.

BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzellotti. A imprescindibilidade do uso da Constituição na efetiva e justa solução dos litígios. *A Constitucionalização do Direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. ANDRADE, André (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.251-268.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: O paradigma racionalista*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Democracia moderna e processo civil. *Participação e Processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 98-113.

BAPTISTA, José Carlos. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. 4ª Série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Disponível: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/artigo%20controle%20pol%EDticas%20p%FAblicas.pdf> . Acesso em 22/08/2006.

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

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7ª ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 27-65, jul./dez.2004.

_____. Doze anos da Constituição Brasileira de 1988. in: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3-48.

_____. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 271-306.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 27-66.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BELAUNDE, Domingo García. El constitucionalismo Latino-americano y sus influencias. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, p. 411-424, jan./jul.2005.

BERCOVICI, Gilberto. A “Reforma do Estado” no Brasil. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, p. 515-526, jan./jul.2005.

BINENBJOM, Gustavo. Da sumpremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. in: *Interesses públicos “versus” Interesses privados: Desconstituindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Daniel Sarmento (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117-170.

BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Tradução de Ernesto Gazón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, 1999.

_____. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *A teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Cláudio de Cicco e Maria Celeste. 4ª ed., Brasília: Ed. Universidade de Brasília (Endub), 1994.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

_____. *O futuro da democracia*. 10ª ed., tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 12ª ed., tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

BONNARD-PLANCKE, Laetitia; VERKINDT Pierre-Yves. Égalité et diversité: quelles solutions? In: *Droit Social*. Paris, n° 11, p. 968-980, nov.2006.

BONAVIDES, Paulo. A Globalização e a Soberania: aspectos constitucionais. *Debate sobre a Constituição de 1988*. FIOCCA, Demian. GRAU, Eros Roberto (Org.). São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 136.

_____. A democracia participativa e os bloqueios da classe dominante. *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Barueri: Manole, 2005, p. 426-442.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *A Constituição Aberta*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

_____; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 8ª ed., Brasília: OAB Editora, 2006.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. Reflexões sobre a nova tutela relativa às obrigações de entregar coisa certa ou incerta. *Revista dos Tribunais*, ano 92, vol. 811, p. 78-86, maio.2003.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

BRAGA, Pérola Melissa V.. *Direitos do Idoso: de acordo com o Estatuto do Idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. *O poder público em juízo*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Execução provisória. *Execução Civil* (aspectos polêmicos). LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro (Coord.). São Paulo: Dialética, 2005, p. 39-68.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. vol. III, trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery, Campinas: Bookseller, 1999.

CALMON DE PASSOS, J.J.. Democracia, participação e processo. In: *Participação e Processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CALMON, Eliana. As gerações dos direitos e as novas tendências. *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. MARTINS, Ives Granda da Silva (Coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 151-160.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Colisão de direitos fundamentais, direito à saúde e tutela antecipada. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. n° 12, p. 43-55, maio-jun.2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamentos sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de Antonio Menezes Cordeiro. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

_____. O Estado Adjetivo e a Teoria da Constituição. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n° 5, Belo Horizonte: Del Rey, p. 139-154, jan./jul.2005.

_____; VITAL, Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. in: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Traducido Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. FAVOREU, Luis (Org.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 599-649.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Direito processual civil e penal*. vol. I, Campinas: Péritas, 2001.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. I. 3ª ed., tradução da 2ª versão italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

CLARO, Roberto Del. Devido processo substancial? In: *Estudos de Direito Processual Civil*. MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 192-212.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. Sobre o uso alternativo do direito. in: *Temas de direito constitucional* (E teoria do direito). São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 210-230.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 98.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Aulas de Introdução ao Direito*. Barueri: Manole, 2004.

COOLEY, Thomas MacIntyre. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Tradução de Alcides Cruz. 2ª ed., reprodução fac-similar parcial da ed. de 1909, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 737, p. 11-22, mar.1997.

COMTE, Francesco. A Fazenda Pública e a antecipação jurisdicional da tutela. In: *Revista dos Tribunais*, n. 718, p. 18-21, ago.1995.

CORWIN, Edward Samuel. *A Constituição Norte-Americana e seu significado atual*. Tradução de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

COSTA, Célio Silva. *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992.

COUTO, Berenice Rojas. *O direito social e a assistência social na sociedade brasileira: uma equação possível?* 2ª ed., São Paulo: Cortez, 2006.

CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988: artigos 1º a 5º, LXVII*. Vol I, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

_____. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *Bens públicos*. 2ª ed., São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1975.

CRUANHES, Maria Cristina dos Santos. *Cidadania: Educação e Exclusão Social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. Execução Fundada em título extrajudicial contra a Fazenda Pública: a súmula 279 do STJ compatibiliza-se com a EC 30/2000? *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 7, p. 39-46, out. 2003.

DALLARI, Adilson Abreu; BRANCO, Adriano Murgel. *O financiamento de obras e serviços públicos*. São Paulo: Paz e terra, 2006.

DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico: Globalização & Constitucionalismo*. 1ª ed., 3ª tir., Curitiba: Juruá, 2003.

DENTI, Vittorio. Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 11-23.

DEUTSCH, Karl Wolfgang. *Política e Governo*. 2.ª ed., Tradução Maria José da Costa Félix Matoso Miranda Mendes. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. IV, São Paulo: Malheiros, 2004.

_____ (Coord.). Escopos políticos do processo. In: *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 83-97.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1994.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. 5ª ed., Tradução Jorge Solé-Tura, et al. Barcelona: Ariel, 1970.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martin Fontes, 2001.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EGAÑA, José Luiz Cea. Transformaciones del derecho público contemporáneo. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n° 5, Belo Horizonte: Del Rey, p. 191-209, jan./jul.2005.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado (do original alemão *Einführung in das juristische denken* 1964). 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos?* Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FAVOREU, Luis (Org.). *Tribunales Constitucionales Europeas y Derechos Fundamentales*. Tradução Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. *Dicionário Brasileiro Globo*. 18ª ed., São Paulo: Globo, 1991.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

FRANCO, Fábio Luis; MARTINS, Antonio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 135, ano 31, p. 35-70, maio.2006.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *A interpretação sistemática do direito*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

GAMA, Lídia Elizabeth Peñaloza Jaramillo. *O devido processo legal*. Leme: LED – Editora de Direito, 2005.

GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista da Ajufe*. Ano 23, nº 81, p. 115-146, 3º trimestre/2005.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A Aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIDDENS, Anthony. *Em defesa da sociologia*. Tradução Roneide Venâncio Majer e Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Unesp, 2001.

GOMES, Sergio Gomes. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil*. Londrina: Ed. Humanidades, 2004.

GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

GOMES, Sergio Gomes. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GORDILLO, Augustín. *Princípios gerais de direito público*. tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A proporcionalização do interesse público no direito administrativo brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público-FA*. Belo Horizonte, ano 6, n. 65, p. 7546-7555, jul.2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros editores, 2000.

GRECO, Renato. Il modello sociale della carta ni nizza. *Questione giustizia*. n. 3, Milano 2006, p. 518-532.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GÜNTHER, Klaus. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. Tradução Flávia Portella Püschel. In: *Revista Direito GV*. v. 2, nº 11, p. 223-240, jan-jun.2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição (contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição)*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMON, Francis; Troper, MICHEL; BURDEAU, Georges. *Direito Constitucional*. Tradução Carlos Souza. 27ª ed., Barueri: Manole, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HITTERS, Juan Carlos. Legitimación democrática del poder judicial y control de constitucionalidad. In: *Participação e Processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 212-226.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 2ª ed., tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

JESUS, José Sérgio. A ação civil pública como proteção contra a mitigação da garantia constitucional do direito à educação. *Universitas JUS*, Brasília, n. 13, p. 3-28, jan./jul.2006.

JHERING, Rudolf von. *A evolução do direito*. 2ª ed. [s.n tradutor]. Salvador: Livraria Progresso, 1956.

JEZZINI, Nader Ali. *Globalização e seus impactos sociais*. Curitiba: Juruá, 1999.

JORNAL, Folha de Londrina, 21/04/2006, p. 7.

JORNAL, Folha de Londrina. Caderno Economia, 23/09/2006, p. 1.

JORNAL, Folha de Londrina. Caderno empregos & concursos, 30/10/2006, p. 7.

JORNAL, Folha de Londrina. Caderno economia, 18/11/2006, p. 1.

JORNAL, Folha de Londrina, 27/11/2006, p. 3.

JORNAL, Folha de Londrina. Caderno economia, 19/01/2007, p. 1.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3ª ed., Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974.

KRELL, Andréas J.. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *(Neo)Constitucionalismo: Ontem os códigos; hoje as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n. 2, 2004, p. 33-78.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LIBERATI, Edmondo Bruti. Imparzialità e apparenza di imparzialità dei magistrati in Europa. *Questione giustizia: bimestrale promosso da Magistratura democratica*. n. 2, Minalo: FrancoAngeli, 2006, p. 377-388.

LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. A impossibilidade jurídica de desvincular os valores mínimos dos benefícios da previdência social do valor do salário mínimo. In: *Revista da Previdência Social*. São Paulo, nº 285, p. 715-722, agosto 2004.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A participação política das minorias no Estado democrático de direito brasileiro. *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Antonio de Menezes. (Org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 83-96.

LOPES, João Batista. Tutela antecipada: reversibilidade dos efeitos do provimento e princípio da proporcionalidade. *Revista dos Tribunais*. ano 92, v. 815, p. 93-100, set.2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARCIAL, Danielle; ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. (Coord.) *O direito do deficiente*. São Paulo: Lumen Juris, 1999.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia. *Arquivos de direitos humanos*. Vol. 2, MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 3-80.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública: instrumento de participação. In: *Participação e Processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Interesses difusos: conceito, legitimação para agir*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tutela Específica: artigo 461, CPC e 84, CDC*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *A antecipação da tutela na reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____ (Coord.). *A jurisdição no Estado Contemporâneo*. In: *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Controle do poder executivo do juiz*. *Revista de Processo*. ano 30, n. 127, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 55-74, set./2005.

_____. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*. Disponível na internet: <http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/34.pdf>. Acesso em 30/4/2006.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *A legitimidade do direito positivo: direito natural, democracia e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. [s.n. tradutor]. São Paulo: Global, 1988.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A ação civil pública no Estatuto da Criança e do Adolescente*. In: *Revista dos Tribunais*, n. 659, p. 37, set.1990.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: teoria geral; princípios fundamentais*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed., 6ª tir., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Marco Aurélio. *Ótica Constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. MARTINS, Ives Granda da Silva (Coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 37-44.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *Estudos de Direito Processual Civil*. Luiz Guilherme Marinoni (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 92-99.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2ª ed., Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998,

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre. Legitimidade da Justiça Constitucional. *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. MARTINS, Ives Granda da Silva (Coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 599-578.

MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. Tradução Eveline Bouteiller. 5ª ed., Barueri: Manole, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*. nº 37, ano 10, p. 140-50, jan./março.1985.

_____. *Temas de direito processual*. 4ª Série. São Paulo: Saraiva, 1989

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. Curitiba: Max Limonad, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem, Violência: Elementos de uma teoria constitucional*, I. (Recht – Sprache – Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I). Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Sobre las últimas reformas administrativas en Espana. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Vol. 1, Milano: Giuffrè, 2000, p. 213-230.

MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOGUEIRA, Alberto. *Viagem ao Direito do Terceiro Milênio: justiça, globalização, direitos humanos e tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. A Globalização da Pobreza: impactos das políticas sociais do Estado Neoliberal nas democracias dos países latino-americanos. *Revista da Faculdade de Direito*. vol. 99, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de segurança e controle jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

OHLWEILER, Leonel. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo. *(Neo)Constitucionalismo: Ontem os códigos; hoje as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, vol. 1, n. 2, p. 285-328.

PANSIERI, Flávio. Condicionantes à sindicabilidade dos direitos sociais. *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Antonio de Menezes. (Org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 265-273.

PAUL, Patrick. Saúde, ambiente e transdisciplinaridade. Tradução de Nivaldo A. Goularte. *Revista Ciências Humanas*. Criciúma, vol. 7, n. 2., p. 55-73, jul./dez.2001.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro: das Origens Lusãs à Escola Crítica do Processo*. Barueri: Manole, 2002.

_____. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002.

_____. *Uma visão crítica da Jurisdição Civil*. São Paulo: LED-Ed. de Direito, 1999.

PEDRON, Daniele Muscopf. A (in)constitucionalidade do critério da miserabilidade do benefício assistencial a portadores de deficiência. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, p. 57, abr./jun.2006.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. In: *(Neo)Constitucionalismo: Ontem, os códigos; hoje, as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, vol. 1, n. 2, p.79-100.

_____. Direitos sociais, econômicos, culturais e direitos civis e políticos. *Revista do Advogado*. Ano XXIII, nº73, p. 59-71, nov.2003.

_____. Proteção internacional dos direitos humanos: desafios e perspectivas. *Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 339-358.

_____. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. In: *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Antonio de Menezes. (Org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 251-264.

POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

PONTES, Helenison Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 5ª ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed., São Paulo: Ática, 2000.

_____. *O Direito dos Povos*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. A idéia de razão pública revista. In: *O Direito dos Povos*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REALE, Miguel. *Liberdade e Democracia: em torno do anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1987.

RIGAUDIAT, Jacques. À propos d'un fait social majeur: la montée des précarités et des insécurités sociales et économiques. *Droit Social*. n° 3, Paris, p. 243-261, mars.2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, p. 439-461, jan./jul.2005.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os pensadores*. Vol. II. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

ROTHENGURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol. 1, n. 2, Porto Alegre: 2004, Instituto de Hermenêutica, p. 121-168.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º 10, janeiro.2002. Disponível na internet: http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf. Acesso em: 24 de janeiro de 2004

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1.^a ed., 3.^a tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Direitos Sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional. *Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 319-338.

_____. (Org. e Colab.). Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. *Interesses públicos “versus” Interesses privados: Desconstituindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23-116.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*. n.º 37, ano 10, p. 38-139, jan./março.1985.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SANTOS, Marília Lourido dos. Política pública (econômicas) e controle. *Revista Cidadania e Justiça*. Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 6, n.º 12, 2.º Semestre/2002.

SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*. vol. 1. 7ª ed. Tradução Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

SCAFF, Fernando Facury. O Jardim e a Praça ou a Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Tributário e Financeiro. *Direito e Poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Barueri: Manole, 2005, p. 543-557.

SÊDA, Edson. *Construir o passado: ou como mudar hábitos, usos e costumes, tendo como instrumento o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Série Direitos da Criança 2, São Paulo: Malheiros, 1993.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. Democratização pelos “mass media”? – O direito de ser informado e os limites fáticos à sua plena eficácia. *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Antonio de Menezes. (Org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 57-82.

SERPA, José Hermílio Ribeiro. *A Política, o Estado, a Constituição e os Direitos fundamentais: um reexame fenomenológico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa: princípios e métodos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Clóvis V. do Couto. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oscar Bülow). In: *Revista de Processo*. nº 37, ano 10, p. 238-265, jan./março.1985.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Romer v. Evans: “O Amor que não ousa dizer o seu nome”. *Temas de direito constitucional norte-americano*. VIEIRA, José Ribas (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 163-202.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, vo.1. 798, ano 91, p. 23-50, abril.2002.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. O Estado Democrático de Direito. in: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Filosofia Jurídica da Alteridade: por uma aproximação entre o pluralismo jurídico e a filosofia da libertação Latino-Americana*. 1ª ed.-2ª tir., Curitiba: Juruá, 2000.

SILVA, Wilney Magno de Azevedo; SILVA, Wildney Marcus de Azevedo. Observações sobre o princípio do devido processo do direito. In: ANDRADE, André (Org.). *A*

constitucionalização do Direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 269-294.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal* (Due process of law). Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SPALDING, Mauro. *Execução contra a Fazenda Pública Federal: por quantia certa*. Curitiba: Juruá, 2006.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. A constitucionalização do Direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. ANDRADE, André (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 3-41.

_____. *Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. Direito e Poder: Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Barueri: Manole, 2005, p. 26-63.

_____; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TÁCITO, Caio. O princípio da razoabilidade das leis. In: *Temas de direito público: estudos e pareceres*. 1º vol., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 487-495

_____. As três faces dos direitos humanos. In: *Temas de direito público (estudos e pareceres)*. 1º vol., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 593-607.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARUFFO, Michele. Una riforma della Cassazione civile? In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Nº 3, anno LX, Milano: Giuffrè Editore, settembre 2006, p. 755-786.

_____. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: *Participação e Processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 37-50.

TARZIA, Giuseppe. La durata del processo civile e la tutela dei deboli. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Legitimazione e partecipazione delle associazioni di categoria ai processi civili con rilevanza collettiva. In: *Participação e Processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 51-80.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. No rastro da crise contemporânea: por um novo modelo de articulação entre Estado e Mercado. In: *Revista da ESMAPE*. vol. 10, n. 22, Recife: p. 227-247, jul./dez.2005.

TORRÉ, Abelardo. *Introducción al derecho*. 9ª ed., Buenos Aires: Editorial Perrot, 1986.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). A Cidadania Multifuncional na Era dos Direitos. In: *Temas dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 239-335.

_____. *A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de direito constitucional norte-americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VIGO, Luis Rodolfo. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VILAS BOAS, Marco Antonio. *Estatuto do idoso comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. Disponível em: <http://www.uepg.br/rj/a1v1at14.htm>. Acesso em 13/10/2005.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. (Coord.) Acesso à justiça a sociedade moderna. In: *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

_____. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3ª ed., São Paulo: Alfa Omega, 2001.

_____. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1990.

YOUNG, Íris Marion. Descentralizando o Projeto de Democracia Global (Decentralizing the Project of global democracy). Tradução: Amós Nascimento. In: *Impulso*: revista de ciências sociais e humanas (journal of social sciences and humanities), vol. 14, nº 35. Piracicaba: Unimep, p. 113-118, set./dez.2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Tribunal Constitucional Italiano. In: FAVOREU, Luis (Org.). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Tradução Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ZÉFIRO, Gabriel de Oliveira. O direito à razoável duração da demanda. In: *A Constitucionalização do Direito*: a Constituição como *locus* da hermenêutica jurídica. André Andrade (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 367-380.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)