

Albino Ferragini

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E A GARANTIA JUDICIÁRIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O CONTROLE DA
OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba-SP
2008**

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

Albino Ferragini

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E A GARANTIA JUDICIÁRIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O CONTROLE DA
OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito à Banca Examinadora do Centro Universitário Toledo sob a orientação do Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado.

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba-SP
2008**

FERRAGINI, Albino

O ministério público e a garantia judiciária dos direitos fundamentais sociais e o controle da omissão inconstitucional da administração pública/Albino Ferragini; orientador: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado. Araçatuba, SP [s.n.], 2008.

122 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO.

1. Direitos sociais; 2. Políticas públicas; 3. Separação de poderes; 4. Acesso à justiça; 5. Poder judiciário; 6. Ministério público.

CDD: 341.27

Albino Ferragini

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E A GARANTIA JUDICIÁRIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O CONTROLE DA OMISSÃO
INCONSTITUCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Banca examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito da UNITOLEDO, para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

ORIENTADOR: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

1º EXAMINADOR: _____

2º EXAMINADOR: _____

Araçatuba, ____ de _____ de ____

Para minha amada **CAROLINA**,
eterna companheira de todos os momentos,
rocha sólida em que construo minhas realizações.

Agradecimentos

Ao final de cada jornada o peregrino busca fazer uma análise do trajeto desenvolvido e dos obstáculos pelo caminho superados.

Nesta etapa da vida acadêmica, depois de 14 anos como professor e Coordenador do Curso de Direito, tendo a missão de desenvolver e implementar Projeto Pedagógico que ressaltasse a reconhecida tradição da Toledo no ensino superior, entendo cumprida a missão e alcançado os objetivos pessoais e do Curso de Direito. Registro, pois, meus agradecimentos à Família Toledo pela confiança depositada em nosso trabalho administrativo e pedagógico.

Não se desenvolve um bom trabalho de coordenação de um curso superior, sem a colaboração das pessoas envolvidas. Deixo registrada minha eterna gratidão aos professores, secretárias, bibliotecários, bedéis, funcionários e Reitoria do Centro Universitário Toledo, pelo auxílio e convivência fraterna de mais de uma década de trabalho e companheirismo.

A atuação como membro do Ministério Público paulista, concomitantemente às funções de Coordenador do Curso de Direito e de aluno do Mestrado, com certeza, subtraíram muitas horas do necessário convívio com a família.

Em razão disso, minhas queridas filhas, Luciana e Ana Carolina, serão eternas credoras de meu profundo amor por elas. A constante troca de idéias com Luciana, advogada militante desde 1999, e com Ana Carolina, a mais nova advogada da família, trouxe inúmeros subsídios para o desenvolvimento deste trabalho. Minha eterna gratidão.

Aos filhos distantes, Fabrício e querida nora, Tatiana, residentes em Belo Horizonte, serei sempre grato pelo amor e carinho dedicados, e pela presença constante em nossa vida.

Também serei eternamente grato a Fabrício Marques Ferragini e a Fabrício J. Fonseca Pinto, Ms, Promotores de Justiça, que engrandecem o Ministério Público de Minas Gerais, pelas suas inúmeras sugestões que enriquecem este trabalho.

À minha amada mulher, Carolina, serei sempre devedor de todo e qualquer sucesso alcançado, pois sempre esteve (e está) a meu lado, incentivando a enfrentar os desafios e fortalecendo-me para superar os obstáculos.

Registro especial agradecimento ao meu orientador, Professor Doutor Edinilson Donisete Machado, pelo incentivo e orientação.

Finalmente, agradeço a Deus, por permitir que eu viva, por ter uma família maravilhosa e amigos que tornam a vida mais feliz e digna de ser vivida.

O Senhor é meu pastor, nada me faltará.
Em verdes prados ele me faz repousar.
Conduz-me junto às águas refrescantes,
restaura as forças de minha alma.

Pelos caminhos retos ele me leva,
por amor do seu nome.
Ainda que eu atravessasse o vale escuro,
Nada temerei, pois estais comigo.
Vosso bordão e vosso báculo são meu amparo.

Preparais para mim a mesa à vista de meus
inimigos.
Derramai o perfume sobre minha cabeça,
E transborda minha taça.
A vossa bondade e misericórdia hão de seguir-me
Por todos os dias da minha vida.
E habitarei na casa do Senhor
Por longos dias.

(Salmo 22)

FERRAGINI, Albino. O ministério público e a garantia judiciária dos direitos fundamentais sociais e o controle da omissão inconstitucional da administração pública. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO, 2008.

RESUMO

A análise da concretização dos direitos sociais assegurados na Constituição Federal de 1988 passa pela conceituação desses direitos e sua interdependência com os demais direitos fundamentais. Os direitos sociais, na sua maioria, são normas programáticas, que necessitam de implementação de políticas públicas. A Administração Pública tem obrigação de tornar efetiva a concretização desses direitos, e na ausência do conteúdo das normas constitucionais que os definem, tem o Poder Legislativo o dever de elaborar normas que tornem efetiva essa concretização. Em caso de não cumprimento pelo Poder Legislativo, tanto a ação de inconstitucionalidade por omissão quanto o mandado de injunção pouco resultado têm mostrado nos casos concretos, pois o Poder Judiciário não pode implementar as políticas públicas ou legislar, sob pena de invasão de esfera de competência de outro Poder. Quanto ao administrador omissor possível a aplicação de sanções administrativas, civis e penais, tal como prevê a Lei de Improbidade Administrativa. Nesse contexto, a atuação do Ministério Público é fundamental para tornar efetiva a concretização dos direitos sociais, em face de sua missão constitucional.

Palavras chaves: Direitos sociais; Políticas públicas; Separação de poderes; Acesso à justiça; Poder judiciário; Ministério público.

FERRAGINI, Albino. O ministério público e a garantia judiciária dos direitos fundamentais sociais e o controle da omissão inconstitucional da administração pública. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO, 2008.

ABSTRACT

The analysis of the realization of social rights, which are guaranteed by the 1988 Federal Constitution, considers the conceptualization of these rights and their interdependence with the fundamental rights. Most of the social rights are norms that need to be improved by public policy. The effective realization of social rights is responsibility of Public Administration. In the absence of the content of Constitutional norms defining social rights the Legislative drafters must create norms in order to guarantee their realization. When such Legislative duty is not accomplished, both the unconstitutionality by omission and the injunction have shown little effect in real cases because the Judiciary cannot either create public policies or legislate, at the risk of being charged with interference in the sphere of competence of other government branch. Civil and administrative penalties may be applied to the person representing Public Administration in the case of omissive conduct, as foreseen in the Law of Administrative Improbability. Thus, the action of the Department of Justice in Brazil (Ministério Público) is crucial for the effective realization of social rights, considering its mission.

Word-key: Social rights; Public policy; Government branches rupture; Access to justice; Judiciary; Department of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SUA ESTRUTURA NORMATIVA.....	14
1.1 Conceito de direitos fundamentais sociais	14
1.2 Previsão constitucional dos direitos fundamentais sociais.....	17
1.3 A interdependência dos direitos civis-políticos e os direitos sociais.....	22
1.4 A eficácia jurídica das normas constitucionais de direitos fundamentais sociais	29
1.5 Os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos públicos.....	30
1.5.1 Dignidade da pessoa humana	35
1.5.2 Mínimo necessário à existência.....	38
CAPÍTULO II. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	42
2.1 Concretização dos direitos fundamentais sociais	42
2.2 A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais.....	44
2.3 Poder Legislativo e a concretização das normas de direitos fundamentais sociais	48
2.3.1 Conseqüências da omissão do Poder Legislativo.....	50
2.3.1.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	51
2.3.1.2 Mandado de injunção	56
2.4 Administração pública e a efetividade dos direitos fundamentais sociais.....	65
2.4.1 A discricionariedade da administração pública e o atendimento aos direitos fundamentais sociais.....	65
2.4.2 A previsão orçamentária e a escassez de recursos públicos	70
2.4.3 A questão da reserva do possível.....	74
CAPÍTULO III. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A GARANTIA JUDICIÁRIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	78
3.1 O acesso à justiça pelo cidadão	78
3.2 O Ministério Público e sua função constitucional.....	81
3.2.1 O Ministério Público e a defesa dos princípios constitucionais	83
3.2.2 O Ministério Público e a defesa dos interesses sociais.....	87
3.2.3 O Ministério Público e a tutela dos interesses individuais indisponíveis.....	90
3.2.4 A garantia da concretização de direitos fundamentais sociais através da ação civil pública	93
3.3 O controle da política pública pela ação civil pública.....	97
CAPÍTULO IV. O CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PODER JUDICIÁRIO.....	100
4.1 O controle judicial das políticas públicas.....	101
4.2 Cumprimento de decisão judicial pela administração pública e a ausência de recursos.....	105
4.3 Das sanções pelo descumprimento das normas de direito social pela Fazenda Pública	108
4.4 O não cumprimento das normas definidoras dos direitos sociais e o descumprimento de ordem judicial pelo agente público.....	110
CONSIDERAÇÕES FINAIS	113
REFERÊNCIAS	117

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais sociais, quase duas décadas depois de insculpidos na Carta Magna, estão longe de realizar o objetivo pelo qual foram reconhecidos pelo Poder Constituinte. Se de um lado temos aqueles que garantem que esses direitos são prescritos por normas de eficácia plena e auto-exeqüibilidade; de outro, temos aqueles que asseguram que tais direitos, decorrentes de normas programáticas, de eficácia reduzida, não são passíveis de serem reclamados junto ao Poder Judiciário, pois dependem de recursos orçamentários próprios dos órgãos estatais, de meios adequados para sua exeqüibilidade, de competência do legislativo para implementação de normas densificadoras da maioria desses direitos, bem como de propostas orçamentárias do Poder Executivo para programação e execução de programas sociais.

Este trabalho tem por objetivo apresentar uma proposta de justicialidade dos direitos fundamentais sociais, situando entre a corrente que nega eficácia imediata desses direitos e aqueles que consideram que todas as espécies de direitos fundamentais sociais têm exeqüibilidade plena.

Evidentemente não se conseguirá apresentar solução para todos os casos que, concretamente têm surgido e podem surgir, mas apontar algumas propostas de proteção desses direitos, seja individual ou coletivamente.

No primeiro capítulo, partindo de rápida análise do preâmbulo da Constituição de 1988, e de conceito de direito fundamental social, como conjunto de normas que permitem ao Estado uma função equilibradora das desigualdades sociais, e ao mesmo tempo, garantindo ao indivíduo a faculdade de exigir a implementação das prestações necessárias à realização das propostas que eles encerram, sustenta-se a eficácia das normas constitucionais que os

definem, entendendo que quase sempre são capazes de gerar efeitos jurídicos, sem necessidade de legislação infraconstitucional que densifique seu conteúdo.

Nesse aspecto, analisamos os direitos fundamentais sociais ensejando direitos subjetivos públicos, que reclamam prestações positivas do Estado, como exemplo constitucionalmente previstos os direitos à saúde, assistência social e a educação fundamental, como compromissos de um Estado de Direito Democrático, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana.

Analisando a efetividade dos direitos fundamentais sociais, discorreremos sobre a possibilidade de serem reclamados judicialmente, quando não efetivamente cumpridos pelos órgãos públicos ou particulares, responsáveis pela sua efetivação. Nessa seara, analisamos a concretização das normas de direito fundamental em face do Poder Legislativo, apontando as conseqüências de sua omissão e a possibilidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a função do mandado de injunção.

Nesse mesmo tópico, em face da exequibilidade pela Administração Pública, analisamos a discricionariedade na realização desses direitos, ante a previsão orçamentária e a questão da reserva do possível.

Partindo da investigação de que o não cumprimento da norma constitucional por aquele que ao seu cumprimento está vinculado, evidenciam-se mecanismos jurídicos para a atuação junto ao Poder Judiciário para compelir a Administração Pública e o Poder Legislativo a concretizarem o núcleo desses direitos fundamentais.

No Capítulo III analisamos a possibilidade de acesso à justiça pelo indivíduo que teve negado seu direito, procurando, contudo, mostrar a possibilidade de serem esses direitos exequíveis judicialmente, através de ações do Ministério Público, legitimado constitucionalmente como órgão agente da garantia judiciária desses direitos individuais homogêneos ou difusos.

No último capítulo, apontando o controle da omissão inconstitucional da Administração Pública pelo Poder Judiciário, salientamos a obrigação de cumprimento pela Administração Pública das decisões judiciais em ações mandamentais, apontando as penalidades cabíveis aos agentes públicos pelo não cumprimento das normas definidoras dos direitos fundamentais e das decisões judiciais, com apontamentos jurisprudenciais.

No capítulo V traçamos as considerações finais, apontando algumas conclusões, que podem auxiliar na questão da justiciabilidade desses direitos.

CAPÍTULO I. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SUA ESTRUTURA NORMATIVA

1.1 Conceito de direitos fundamentais sociais

A expressão “direitos sociais”, antes de estar inserida em qualquer artigo do texto fundamental, foi colocada pelo constituinte como valor superior dos demais direitos, a serem assegurados como “valores supremos de uma sociedade fraterna”, constando em primeiro lugar no preâmbulo¹ da Constituição de 1988.

O preâmbulo de uma Constituição é considerado documento de intenções do texto legal, e “consiste em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios que demonstra a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado”.²

Embora não crie direitos nem deveres, o preâmbulo é um conjunto de princípios³ que se projetam sobre os preceitos constitucionais explicitando o fundamento do texto constitucional e, sintetizando os fins da Constituição, serve de fonte interpretativa, se tomados em seu conjunto, quando comparados às demais normas constitucionais, além de servir como orientação em caso de obscuridade ou lacuna de qualquer norma constitucional no caso concreto.

¹ Este é o Preâmbulo da CF de 1988: “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”.

² Alexandre de Moraes (2002, p. 119) esclarece que: “Embora não faça parte do texto constitucional propriamente dito e, conseqüentemente, não contenha normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem”.

³ Princípio constitucional, no entendimento de Uadi Lammêgo Bulos (2002, p. 38), “é o enunciado que serve de vetor para soluções interpretativas. Quando examinado com visão de conjunto, confere coerência geral do sistema, exercendo função dinamizadora e prospectiva, refletindo a sua força sobre as normas constitucionais”.

A orientação constitucional evidenciada no preâmbulo visa assegurar os direitos fundamentais do homem previstos na Constituição Federal.

Os direitos fundamentais do homem, segundo José Afonso da Silva (1999, p. 182), constituem expressão que, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, designa, no nível do direito positivo, as prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Diz o autor:

No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. *Do homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa como *direitos fundamentais da pessoa humana*, expressamente no art. 17.

Essa expressão, como assinala José Afonso da Silva (1999, p. 182), inspirado em trabalho de Pérez Luño, não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou auto-limitação deste, mas “*limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem*”.

Isso está adotado na Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 1º, preconiza ser a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, pois, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Esse novo Estado constitucional preconizado na Constituição de 1988 é “mais” do que Estado de Direito, como salienta Canotilho (2000, p. 100):

O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado

constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*. O Estado “impolítico” do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual “todo o poder emana do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o “Estado de direito” e o “Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*.

Ao erigir a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, a Carta Magna evidencia um modelo de Estado que objetiva garantir o funcionamento do mercado, da livre iniciativa e da propriedade privada, sem deixar de intervir em questões prioritárias à consecução de políticas públicas de atendimento à população carente, visando à erradicação da pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem descuidar do desenvolvimento nacional.

Tal modelo, para construir uma sociedade livre, justa e solidária, adota política econômico-social, voltada à garantia dos direitos civis, à geração de empregos e uma política distributiva de atendimento às necessidades fundamentais dos cidadãos, de modo a lhes garantir a efetiva dignidade.

Nesse aspecto, um grupo de direitos fundamentais do homem se destaca, embora entre eles exista uma interdependência implícita, que são os chamados direitos fundamentais sociais, direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais (CF, art. 6º e 193 e ss.), isto é, aqueles direitos que disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto, especialmente em face das atividades do Estado.

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais, são tidos como prestações proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos. São direitos que

tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, por isso, direitos que se ligam ao princípio da igualdade.

Esses direitos “valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”, como entende José Afonso da Silva (1999, p. 288-290).

Evidencia-se, portanto, nesse modelo social o compromisso do Estado com a concretização dos direitos fundamentais sociais que, sem dúvida, constituem um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

1.2 Previsão constitucional dos direitos fundamentais sociais

Embora o conceito de direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico seja amplo, incluindo tanto posições jurídicas tipicamente prestacionais (direito à saúde, educação, assistência social etc.), quanto uma gama diversa de direitos de defesa, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, s.p.), afirma que os direitos sociais na Constituição compõem um complexo amplo e multifacetado de posições jurídicas, e por isso:

[...] a denominação encontra sua razão de ser “na circunstância - comum aos direitos sociais prestacionais e direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas”.

A previsão constitucional dos chamados direitos sociais e seu objetivo maior – concretização da dignidade da pessoa humana – colocam tais direitos, formal e materialmente fundamentais. Isso porque, constituindo pressuposto de concretização da dignidade da pessoa humana, na medida em que buscam reduzir as desigualdades sociais, impondo

comportamentos positivos ao Poder Público, materializam a igualdade real entre os seus titulares.

Para Perez Luño (1998, p. 183-187), os direitos sociais podem ser entendidos em sentido objetivo como “o conjunto das normas através dos quais o Estado leva a cabo a função equilibradora das desigualdades sociais”, e, em sentido subjetivo, como o direito à participação na vida social, o que implica na obrigação do poder público em concretizar prestações.

José Campillo Sáinz (1995, p. 47) define os direitos sociais como sendo “o conjunto de exigências que o homem pode fazer valer frente ao Estado e aos entes públicos para que lhes proporcionem os meios necessários para ter uma existência digna em sua qualidade de homem”⁴, já que os direitos civis-políticos e direitos sociais são projeções distintas de uma mesma coisa, que são os direitos fundamentais do homem, com mesmo ponto de partida e igual destino, que é o próprio homem.

Os direitos sociais são direitos fundamentais porque emanam de uma concepção segundo a qual a sociedade e, em especial, o Estado, devem colocar seus recursos e suas atividades a serviço das pessoas, que têm o direito de exigir do poder público, em caso de necessidade, que lhes proporcione um nível de vida adequado, colocando à disposição os meios necessários para alcançar seus fins.

Pela Constituição, em sentido subjetivo, é o direito geral de cada cidadão a participar nos benefícios da vida em sociedade, correspondendo a direitos específicos a determinadas prestações diretas ou indiretas por parte dos poderes públicos. São compreendidos como “autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas”, segundo Canotilho (2000, p. 466).

⁴ No original de José Campillo Sáinz (1995, p. 47): “el conjunto de exigências que el hombre puede hacer valer frente al Estado y/o entes públicos para que ésta le proporcione los medios necesarios para conducir una existencia digna de su calidad de hombre”.

Assim, os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, previstos no art. 6º, da Constituição Federal, “são direitos com a mesma dignidade subjectiva dos direitos, liberdades e garantias. Nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes no âmbito de protecção desses direitos (ex: saúde)”, como afirma Canotilho (2000, p. 466).

Em sentido objetivo, direitos sociais correspondem ao conjunto de normas pelas quais o Estado deve realizar sua função moderadora das disparidades sociais.

As normas consagradoras de direitos econômicos, sociais e culturais, modelam a dimensão objetiva de duas formas: (1) imposições legiferantes, apontando para a obrigatoriedade de o legislador atuar positivamente criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos, e (2) fornecimento de prestações aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjectiva desses direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais.⁵

Em razão de seu aspecto subjectivo, os direitos sociais garantem ao seu titular a faculdade de exigir do Estado a implementação das prestações necessárias à realização das propostas que eles encerram, gerando ao poder público, a obrigação de atendê-las, sob pena de serem exigidas judicialmente.

No aspecto objetivo, os direitos sociais apresentam uma dimensão de validade universal, extrapolando a simples relação cidadão-Estado. Tratando-se de norma constitucional tem o poder de vincular e impor o cumprimento de seus preceitos não só ao poder público, mas também aos particulares, exigindo uma prestação positiva que garanta as

⁵ Nesse sentido é o ensinamento de Canotilho (2000, p. 467), afirmando, ainda: “Estas várias dimensões não devem confundir-se. Ao contrário do que geralmente se afirma, um direito económico, social e cultural não se dissolve numa mera norma programática ou numa imposição constitucional. Exemplifique-se: o direito à saúde (art. 64º/1) é um direito social, independentemente das *imposições constitucionais* destinadas a assegurar a sua eficácia (ex: a criação de um serviço nacional de saúde, geral e tendencialmente gratuito, como impõe o art. 64º/2) e das *prestações* fornecidas pelo Estado para assegurar o mesmo direito (por exemplo, cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação, nos termos do art. 64º/3)”.

condições mínimas necessárias para a realização da igualdade material entre os cidadãos, constitucionalmente prevista, de modo a promover o bem-estar social. Com isso, realiza-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático de Direito instaurou uma ordem jurídico-constitucional fundada nos direitos a ações positivas do Estado, que poderiam ser classificadas como direitos a prestações em sentido amplo, segundo um conceito amplo proposto por Robert Alexy⁶, interessando, sobremaneira, os direitos a prestações em sentido estrito, denominados direitos fundamentais sociais.

Os direitos fundamentais a prestações geram obrigações positivas por parte do Estado, que tem o dever de oferecer aos cidadãos o efetivo exercício das liberdades fundamentais, disponibilizando-lhes os instrumentos para a consecução dos preceitos neles fixados. Enquanto os direitos de defesa exigem uma abstenção por parte do Estado, os direitos a prestações impõem ao poder público uma obrigação de fazer, ou seja, exigem do Estado um comportamento ativo, a fim de implementar as prestações necessárias à concretização do direito social.

A possível classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações não estabelece um antagonismo entre direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais, porque todos esses direitos nascem de obrigações de fazer e de não fazer, e estão intrinsecamente relacionados e interdependentes.

Os direitos fundamentais representam um sistema único e indivisível de regras e princípios que vinculam os poderes do Estado, exigindo a realização de prestações positivas e negativas, para proteção dos direitos, liberdades e garantias, bem como dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou, simplesmente direitos sociais, imprescindíveis para a realização das liberdades e direitos civis dos indivíduos. Isso evidencia a unidade do sistema.

⁶ Robert Alexy (2001, p. 430) divide os direitos a prestações em sentido amplo em três grupos: 1) direitos à proteção; 2) direitos à participação na organização e procedimento; 3) direitos a prestações em sentido estrito.

Nesse sentido, a lição de Gomes Canotilho (2000) que, partindo da dimensão subjetiva dos direitos a prestações em sentido estrito, classifica-os em direitos originários e direitos derivados a prestações. Dos primeiros decorre a faculdade do cidadão poder exigir do Estado as prestações do direito fundamental previsto na Constituição. Da garantia constitucional dos direitos sociais decorrem duas conseqüências: a) o dever do Estado de implementar políticas públicas para a concretização das prestações; b) o direito do cidadão exigir diretamente do poder público competente, sem necessidade de legislação infraconstitucional, as prestações devidas.

O reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais como direitos originários a prestações representa uma imposição constitucional que leva a transformações econômico-sociais para a implementação desses direitos, apesar dessa efetivação, quase sempre depender de recursos econômico-orçamentários – o que se convencionou chamar de “reserva do possível”.

Já com relação aos direitos derivados a prestações, os mesmos constituem direitos dos cidadãos a igual participação nas prestações já concretizadas pelo Estado, pressupondo uma atuação prévia do Poder Legislativo no sentido de densificar o direito fundamental social através de lei infraconstitucional, gerando, a partir de então, a obrigação da Administração Pública, a implementar a prestação social, nascendo aí o direito de acesso do cidadão aos serviços públicos. Dessa forma, geram direitos públicos subjetivos, cujo núcleo formado pelas prestações não pode ser desatendido sem compensação ou outra alternativa. Daí surge a cláusula de proibição de evolução reacionária ou retrocesso social⁷.

⁷ Canotilho (2000, p. 469) esclarece que “os direitos derivados a prestações, naquilo em que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de “guarda de flanco” (J.P.Müller) desses direitos garantindo o grau de concretização já obtido. Conseqüentemente, eles radicam-se subjectivamente não podendo os poderes públicos eliminar, sem compensação ou alternativa, o núcleo essencial já realizado desses direitos. Nesse sentido fala-se também de *cláusulas de proibição de evolução reacionária* ou de *retrocesso social* (ex.: consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente sem alternativas ou compensações “retornando sobre seus passos”; reconhecido, através de lei, o subsídio de desemprego, como dimensão do direito ao trabalho, não pode o legislador extinguir este direito, violando o núcleo essencial do direito social constitucionalmente protegido)”.

Em face disso, especialmente os administradores públicos procuram não reconhecer a fundamentalidade dos direitos sociais, alegando que a indeterminação de seu conteúdo dificulta a fundamentação de uma pretensão positiva a ser cumprida pelo Estado, que a dificuldade de cumprimento reside no fato da limitação de recursos financeiros do Estado para implementação das prestações e a reserva do possível é o limite para a efetivação dos direitos sociais. Todavia, como afirma Paulo Bonavides (1996, p. 185):

No Estado Contemporâneo, sem os direitos sociais a liberdade não seria real nem eficaz para camadas consideráveis da sociedade de classes. Constituem eles direitos de participação (*Teilhabethe*), direitos que obrigam o poder a um *status activus* de ordem material, ou seja, concretizar uma liberdade real que transcende a liberdade jurídica, a única que o velho Estado liberal ministrava e garantia formalmente. Essa liberdade e esses direitos têm alcance indefinido e extensão polêmica, correndo nas Constituições o risco de ficar sempre vazados em proposições demasiado abrangentes, genéricas e vagas, de teor programático, com flanco aberto às evasivas dos intérpretes e dos aplicadores.

Os direitos sociais, por sua previsão constitucional, possuem fundamentalidade, especialmente porque evidente a unidade e interdependência dos direitos, liberdades e garantias e direitos sociais, tendo estes, tais como aqueles, a aplicabilidade imediata, pois são direitos públicos subjetivos em relação ao Estado.

1.3 A interdependência dos direitos civis-políticos e os direitos sociais

A tentativa de uma classificação sistemática dos direitos fundamentais, sustentada em critérios objetivos e funcionais, é extremamente complexa e problemática, cujas dificuldades decorrem, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 165), dentre outros aspectos, da diversidade de funções exercidas pelos direitos fundamentais, de sua distinta e complexa estrutura normativa (por sua vez vinculada à técnica de sua positivação no texto

constitucional), bem como das especificidades de cada ordem constitucional. Por outro lado, há de se considerar a existência de diversos critérios de classificação utilizados e que nem sempre são compatíveis entre si, e muitas vezes nem com o direito constitucional positivo. Todavia, por meio da classificação é possível obter não apenas uma visão global e sistemática do conjunto dos direitos fundamentais, mas também parâmetros objetivos para sua interpretação, enquadramento funcional e até mesmo a determinação do regime jurídico aplicável.

A questão da classificação dos direitos fundamentais à luz do direito constitucional pátrio é problemática, especialmente ante a ausência de sistematicidade e, em muitos casos, a precária técnica legislativa do texto constitucional não facilita o trabalho. Além disso, a Constituição de 1988 abrigou em seu catálogo (e fora deste) direitos fundamentais que exercem, em princípio, inúmeras funções vinculadas à sua dupla perspectiva objetiva e subjetiva, utilizando-se, para tanto, das mais variadas técnicas de positivação. Para tanto, um simples olhar sobre o texto constitucional pode perceber algumas dificuldades, como esclarece Sarlet (2003, p. 166):

Assim, por exemplo, é possível perceber que, no âmbito dos direitos sociais (arts. 6º a 11 da CF), se encontram tanto direitos a prestações, quanto concretizações dos direitos de liberdade e igualdade, com estrutura jurídica diversa. Ainda no capítulo dos direitos sociais, há que registrar a existência de direitos com titulares diversos, de vez que os direitos e garantias dos arts. 7º a 11 são outorgados apenas aos trabalhadores, ao passo que os direitos sociais do art. 6º, em princípio, direitos de todos. Além disso, constata-se que no capítulo dos direitos individuais e coletivos é possível encontrar até mesmo normas de conteúdo eminentemente impositivo (normas-tarefa ou normas-programa), como demonstra o exemplo da proteção ao consumidor (art. 5º, inc. XXXII), contendo, ainda, típicas garantias institucionais fundamentais, como é o caso da instituição do Tribunal do Júri (art. 5º, inc. XXXVIII).

Por isso, levando-se em conta a multifuncionalidade desses direitos, Sarlet (2003) entende que uma classificação dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada e que, por sua vez, tenha como ponto de partida as funções por eles exercidas, poderia partir, na

esteira da proposta de Robert Alexy, da distinção entre dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica). Nessa classificação, o segundo grupo (dos direitos a prestações) dividir-se-ia em dois subgrupos, quais sejam, o dos direitos a prestações em sentido amplo (englobando os direitos de proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e o dos direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais), salientando-se que a ambos se aplica a distinção entre os assim denominados direitos derivados e os direitos originários a prestações.

A classificação dos direitos a prestações em direitos originários e direitos derivados a prestações tem relevância prática e vem sendo tomada em sentidos diversos pela doutrina. Sob a rubrica de direitos derivados a prestações compreendem-se, tanto o direito de igual acesso, obtenção e utilização das instituições criadas pelos poderes públicos, como o direito de igual participação nas prestações que essas instituições dispensam à comunidade, segundo Gomes Canotilho (2003, p. 553), de sorte que os direitos derivados a prestações podem ser considerados como direitos dos cidadãos à participação igual nas prestações estatais na medida das capacidades existentes. Por outro lado, sob outro ponto de vista da doutrina, os direitos derivados a prestações podem ser tidos como posições jurídico-subjetivas deduzidas não diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, mas da concretização dessas pelo legislador ordinário. Nesse caso, para a concretização haveria necessidade de norma infraconstitucional regulamentadora.

Os direitos originários a prestações, por sua vez, podem ser tidos como direitos dos cidadãos ao fornecimento de prestações pelo Estado, independentemente da existência de um sistema prévio de oferta desses bens ou serviços pelo poder público. Isso significa que esses direitos podem ser deduzidos originária e diretamente das normas constitucionais que os prescrevem.

No ensinamento de Canotilho (2003, p. 554) afirma-se a existência de direitos originários a prestações quando

(1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação de pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) à faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.

Por outro lado, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 199), a distinção entre direitos derivados e originários a prestações, em que pese sua particular relevância para a problemática da eficácia dos direitos sociais de cunho prestacional, não é incompatível com a classificação dos direitos do “*status positivus*” em direitos prestacionais em sentido amplo e restrito, aplicando-se a ambas. Aliás, nesse sentido, tanto há direitos derivados a prestações em sentido amplo (direitos de proteção e organização e procedimento), quanto em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais), valendo o mesmo para os direitos originários a prestações. Além disso, não se observa incompatibilidade entre essa distinção e a existência de direitos a prestações jurídicas e de natureza fática, de tal sorte, que se cuida de critérios complementares de classificação dos direitos a prestações.

Diferentemente de outras ordens constitucionais, em nosso país não há muita controvérsia a respeito da igual dignidade dos direitos de defesa e dos direitos sociais (prestacionais), não se podendo falar em prevalência dos primeiros sobre os outros, a exemplo do que ocorre em Portugal, onde o Constituinte expressamente outorgou aos direitos de defesa, de cunho negativo (os direitos, liberdades e garantias do Título II), uma normatividade e força jurídica reforçada em relação aos direitos económicos, sociais e culturais do Título III. Nesse sentido, o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 210):

Para uma tal diferenciação, caracterizada por um regime jurídico-constitucional diferenciado, não encontramos elementos de sustentação em nosso direito constitucional positivo. Da mesma forma, não há como falar de uma dicotomia ou de um dualismo absoluto entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais em nosso ordenamento constitucional, no sentido de um antagonismo irreconciliável entre eles, já que ambos compartilham a mesma dignidade como direitos fundamentais, assumindo

caráter nitidamente complementar, e não excludente, de acordo com a unanimidade da doutrina. Valendo-se aqui da lição de Celso Lafer, podemos afirmar que a inevitável tensão entre direitos de liberdade (defesa) e direitos sociais (a prestações) não se encontra sujeita a uma dialética do antagonismo, mas a uma dialética da mútua complementação, já que ambas as categorias de direitos fundamentais se baseiam na concepção de que a dignidade da pessoa humana apenas se poderá afirmar mediante a existência de maior liberdade e menos privilégios para todos.

A questão da existência de um dualismo relativo entre ambos os direitos, discussão essa que encontra vertente já na esfera do direito internacional, onde, desde o reconhecimento dos primeiros direitos sociais prestacionais no pacto internacional da ONU sobre direitos econômicos, sociais e culturais de 1966, já ficou consagrado que existem diferenças vinculadas ao problema de efetivação, de modo especial no que se refere à constatação de que os direitos sociais (a prestações materiais), ao contrário dos direitos de defesa, dependem de efetivação progressiva, e, por isso àquela época, entendia-se que não eram passíveis de dedução em juízo. Tal entendimento ainda predomina em alguns setores da doutrina. Todavia, já na Conferência de Teerã de 1968, foi proclamada a indivisibilidade de todos os direitos humanos, sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais⁸. No mesmo sentido, a Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1977, adotou a resolução 32/130, em que se afirmou que todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem, se inter-relacionam necessariamente entre si, e são indivisíveis e interdependentes, e deveriam ser vistos de modo global.

Vê-se, portanto, que no plano internacional há mais de duas décadas tem-se adotado o entendimento de que os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais formam uma unidade indivisível, calcada no princípio da dignidade da pessoa humana de modo que a negação dos direitos sociais implica na destituição de força material dos direitos civis e políticos.

⁸ A Proclamação de Teerã de 1968 prescreve em seu artigo 13, que: “Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos, sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais torna-se impossível” (Trindade, 1991, p. 123).

Não obstante a interdependência de ambas as categorias de direitos fundamentais há diferenças entre os direitos de defesa e os direitos a prestações materiais, que se revelam na esfera da densidade normativa e a eficácia das normas que os consagram e que desembocam, entre outros aspectos, no problema do reconhecimento de um direito individual subjetivo a prestações materiais estatais, pois se entenderia que a estes haveria necessidade de uma regulamentação legislativa, o que inexistiria nos direitos de defesa.

Nesse aspecto, Pérez Luño (1988, p. 206-208) sustenta a íntima relação entre as liberdades públicas e os direitos sociais, refutando os argumentos dos que sustentam o dualismo entre as duas categorias de direitos fundamentais em face das diferenças quanto ao fundamento, titularidade e tutela dos direitos de defesa e dos direitos sociais. Para ele, os direitos sociais, enquanto especificações da igualdade e solidariedade, têm fundamento vinculado aos valores jusnaturalistas tal como os direitos de defesa, pois os direitos à saúde, ao trabalho e à cultura, como direitos que visam à proteção da existência humana conforme sua dignidade, não são menos naturais que o direito ao sufrágio, concluindo que pouco serve proclamar liberdades sem meios para desfrutá-las.

Os direitos a prestações em sentido amplo são todos os direitos de cunho predominantemente prestacional que não se enquadram na categoria dos direitos de defesa, mas englobam os direitos de proteção e de participação na organização e procedimento, enquanto que os direitos a prestações em sentido estrito se reportam à atuação do poder público, para criação, fornecimento e distribuição de prestações materiais já existentes.

Levando em conta o âmbito dos direitos prestacionais em sentido amplo, segundo Sarlet (2003, p. 208), podemos enquadrar as normas definidoras de direitos fundamentais que consagram direitos a prestações materiais por parte de seus destinatários na categoria de direitos fundamentais a prestações em sentido estrito, que costuma ser identificada como a dos direitos fundamentais sociais.

Evidentemente, os direitos fundamentais sociais objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade efetiva, que pressupõe um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material deve ser implementada, sob pena de sua não realização. Nesse aspecto, importante a menção de Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 209):

De acordo com a tradição do constitucionalismo brasileiro desde 1934, também são diretamente denominadas de direitos fundamentais sociais as posições jurídicas diretamente vinculadas ao direito do trabalho, já que nesta esfera o antagonismo entre a liberdade e a igualdade real e formal se manifesta de uma forma particularmente aguda, de modo especial em virtude das gritantes desigualdades econômicas e sociais registradas nesta seara, salientando-se, contudo, mais uma vez, o fato de que apenas parte dos direitos atribuídos aos trabalhadores assume feição de típicos direitos prestacionais. Ademais, não deve passar aqui sem menção a distinção entre os direitos sociais dos trabalhadores e os direitos sociais em geral, já que os primeiros podem, em princípio, ser considerados uma categoria específica destes, na medida em que sua titularidade – ao contrário dos direitos sociais a prestações em geral (saúde, educação, assistência social etc.), que são direitos de todos – se encontra restrita à classe dos trabalhadores, além de terem como destinatários principalmente as entidades privadas (os empregadores). Assim, tendo-se sempre presentes distinções já traçadas entre os direitos sociais de defesa e os de cunho prestacional, constata-se que, a exemplo do que ocorre no constitucionalismo lusitano, os direitos fundamentais sociais em nossa Constituição não formam um grupo homogêneo no que diz com seu conteúdo e forma de positivação.

Vê-se claramente em nosso direito constitucional positivo que nem todos os direitos sociais a prestações têm como destinatário o Estado, o que se aplica principalmente aos direitos prestacionais arrolados entre os direitos dos trabalhadores (CF, art. 7º), que, não obstante serem considerados como fatores de consecução de justiça social, na medida em que se encontram ligados à obrigação da comunidade (entidades privadas e empregadores), sua concretização também contribui para a realização da igualdade e liberdade reais.

Em face disso, interessa-nos especificamente os direitos sociais a prestações em geral, cujos titulares são todos os cidadãos, e o destinatário é o Estado.

1.4 A eficácia jurídica das normas constitucionais de direitos fundamentais sociais

Antes de tecermos comentários sobre a eficácia jurídica⁹ das normas definidoras dos direitos fundamentais sociais, necessário se faz breve análise de diferença entre os direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito.

Nos direitos a prestações em sentido amplo encontramos típicos direitos de defesa ou liberdades sociais, que se apresentam como direitos fundamentais aplicáveis sem necessidade de intervenção do legislador, porque impõem deveres de abstenção aos poderes públicos, tal como os direitos, liberdades e garantias. Segundo Canotilho (2003, p. 467) esses direitos econômicos, sociais e culturais são verdadeiros *self-executing*, citando como exemplos o direito à propriedade, a liberdade de profissão e a liberdade sindical.

Por outro lado, os direitos a prestações em sentido estrito têm como diferença fundamental dos demais a indeterminabilidade do conteúdo das normas constitucionais que definem os direitos fundamentais sociais. Todavia, ainda que se afirme que o conteúdo desses direitos não seja de plano determinável, essa característica não retira sua força jurídica e imperatividade.

Como todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais sociais, por mais simples que seja sua densidade constitucional, sempre são capazes de gerar efeitos jurídicos, sem a necessidade de legislação infraconstitucional, no entendimento de Sarlet (2003, p. 270). Esses direitos previstos constitucionalmente são regras cogentes, normas de ordem pública, com imperatividade e inviolabilidade, como afirma Alexandre de Moraes (2002, p. 469):

⁹ A expressão “eficácia jurídica” é empregada nos termos da lição de José Afonso da Silva (2000, p. 66), que a conceitua como “qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações. Relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, com possibilidade de sua aplicação jurídica [...]”.

A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas conseqüências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista no § 1º, do art. 5º, e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver uma omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social, e conseqüentemente inviabilize seu exercício.

Ainda que se sustente que algumas normas definidoras de determinados direitos fundamentais sociais, por não apresentarem densidade adequada de normas preceptivas e auto-exeqüíveis, e, justamente por esse motivo, são considerados normas programáticas, isso não retira sua eficácia jurídica, pois apresentam efeitos imediatos vinculantes e obrigatórios, revogando as normas anteriores, contrárias a seu conteúdo e vinculando o legislador infraconstitucional a realizar a norma constitucional, de modo a elaborar a lei densificadora do direito fundamental.

Outros efeitos jurídicos também são gerados por tais normas programáticas, pois representam parâmetros para a interpretação, integração e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais e, por tal motivo, justificam um juízo de inconstitucionalidade de eventuais normas infraconstitucionais posteriormente criadas, se com elas incompatíveis.

1.5 Os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos públicos

Em face do Estado Democrático de Direito, com a conseqüente normatização dos direitos sociais, com evidente objetivo de realização de uma sociedade igualitária e fraterna, nasce para o indivíduo a possibilidade de exigir do poder público a concretização do interesse constitucionalmente reconhecido.

Segundo Luís Roberto Barroso (2002, p. 108 e ss.) a conformação das regras que consagram os direitos sociais produzem efeitos de natureza vária, que investem os jurisdicionados em posições jurídicas que se distribuem em três grupos, gerando, por vezes: (a) situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção; (b) de outras vezes ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado; e, (c) contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora.

No primeiro caso, temos como exemplo o direito de greve previsto no art. 9º, da Constituição Federal, gerando para o Estado o dever de abster-se de punir os que o exercem. Todavia, em relação aos servidores públicos tal não se aplica, vez que o Supremo Tribunal Federal tem apontado a necessidade de integralização da norma constitucional prevista no artigo 37, VII, mediante edição de lei complementar, para definir os termos e os limites do direito público subjetivo de greve.¹⁰

Por outro lado, as normas definidoras de direitos sociais que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado, como exemplos constitucionalmente previstos os direitos à proteção da saúde (art. 196), previdência social (arts. 60 e 201) e aposentadoria da mulher após trinta anos de contribuição (art. 201, § 7º, I), nem sempre são preceptivas e de realização imediata, muitas vezes, em face da indeterminabilidade do conteúdo dessas normas.

Analisando as normas que definem direitos a prestações do Estado, esclarece Luís Roberto Barroso que, em face da objetividade da norma do art. 201, § 7º, I, é possível a pronta verificação de seu cumprimento ou não. Nos outros dois outros dispositivos, de conteúdo indeterminável, essa análise é mais complicada, encontrando limites de cunho econômico,

¹⁰ No julgamento do M I 20/DF, em 19.05.1995, o Pleno do STF, em acórdão da lavra do Min. Celso de Mello entendeu que “o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma programática de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição de lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta – ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição – para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política [...]”. (Disponível em: <http://www.stf.gov.br>)

pois certas prestações encontram-se dentro da “reserva do possível” das disponibilidades orçamentárias. Nesse aspecto, segundo o autor, a ausência de prestação será sempre inconstitucional e sancionável; porém, determinar se ela é satisfatória, é trabalho árduo e, muitas vezes, impossível¹¹. Por outro lado, existe óbice de cunho político, onde a tomada de decisão da administração pode configurar discricionariedade de opção, sendo, pois, de difícil questionamento judicial.

Comentando as normas constitucionais atributivas de direitos sociais que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado, Luís Roberto Barroso (2002) aponta a norma constitucional definidora do direito fundamental social à saúde (CF, art. 196), cuja redação ambígua faz referência ao *direito* à saúde e ao *dever* do Estado, com redação de norma programática, pois fala em políticas sociais e econômicas, que não estão especificadas, e que vem produzindo vasta discussão nos Tribunais. Segundo ele, a matéria foi enfrentada no Excelso Supremo Tribunal Federal, com ênfase em diferentes aspectos, sendo sistematizada no Ag. Reg. em RE nº 271286-RS¹², pelo Min. Celso de Mello:

- a) O direito à saúde representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O direito público subjetivo à saúde representa *prerrogativa jurídica* indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria CF (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 o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.
- b) O direito à saúde – além de qualificar-se como *direito fundamental* que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência 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.
- c) A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. O *caráter programático* da regra

¹¹ Luis Roberto Barroso (2002, p. 109) exemplifica: A inexistência de um posto médico ou unidade hospitalar para a assistência de uma determinada comunidade configura uma omissão inconstitucional do poder público, constatável *prima facie*. Mas sua eventual falta de capacitação para realizar uma cirurgia de alta sofisticação já não comporta um juízo assim evidente.

¹² STF – AgRg-RE 271.286-8 – RS – 2ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 24.11.2000 – Júris Síntese Millennium 5128087, ST 139/133. No mesmo sentido: STF – AgRg-RE 273.834-4 – RS – 2ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 02.02.2001.

inscrita no art. 196 da CF – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, 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.

d) 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 CF (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.

O direito fundamental social, no caso específico (direito à saúde) é, reconhecidamente, um *direito público subjetivo*, constituindo-se numa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada às pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Embora tenha caráter programático, obriga o Poder Público a formular e implementar políticas sociais e econômicas para garantir aos indivíduos o mínimo necessário a uma existência condigna, não necessitando de norma infraconstitucional regulamentadora, quando se refere ao mínimo existencial.

Isso não acontece com todos os direitos sociais constantes do art. 6º da Carta Magna que, embora representem uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana na esfera das condições materiais de existência digna, seus efeitos não são determinados, nem há previsão dos meios que devem ser adotados para seu cumprimento, como acontece, por exemplo, com as normas que prevêm o direito à saúde, à proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. A norma não especifica, nem é esse o seu propósito, o conteúdo integral de cada um desses direitos, como entende Barcellos (2002, p. 169).

Luís Roberto Barroso (2002, p. 112) alerta que há normas constitucionais atributivas de direitos sociais que muitas vezes contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora, transferindo ao legislador ordinário a competência

para regular o exercício de determinados direitos capitulados em seu texto, como, dentre outras, o direito à “participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, *conforme definido em lei* (art. 7º, XI) e o direito à proteção em face da automação, *na forma da lei*” (art. 7º, XXVII). E arremata:

Também aqui resulta freqüentemente tormentosa a obtenção efetiva do bem jurídico tutelado, por isso que a regra integradora paralisa a operatividade do comando normativo maior. Remarque-se que a Constituição não delega ao legislador competência para conceder aqueles direitos; concede-os ela própria. Ao órgão legislativo cabe, tão-somente, instrumentalizar sua realização, regulamentando-os. Faltando a esse dever, dá ensejo à inconstitucionalidade por omissão, disfunção para a qual a doutrina e o direito positivo vêm buscando soluções eficazes.

Evidente que tais são as normas constitucionais definidoras de certos interesses, de caráter prospectivo, firmando determinadas projeções de comportamentos, a serem firmados, progressivamente, dentro das possibilidades do Estado e da sociedade.

Para Barroso (2002, p. 118-119) esses direitos são disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados, tendo por objetivo estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público, tais como a disposição que consagra a “função social da propriedade” (art. 170, III), a que estabelece “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193) e a que determina que o Estado “apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” (art. 215).

Essas normas, situadas dentre as de eficácia limitada definidoras de princípio democrático, são denominadas de normas programáticas, pois tendem, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, realizar a justiça social e o bem comum, prescrevendo à legislação ordinária uma obrigação a realizar, como entende José Afonso da Silva (2000, p. 156)¹³.

¹³ Segundo o autor (2000, p. 156): “[...] são normas que contêm, além de princípios esquemáticos para atuação legislativa futura, também princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica”. Donde deflui que elas,

Assim, evidencia-se a eficácia das normas programáticas, como assevera José Afonso da Silva (2000, p. 158), “desvendando, aí, sua função de condicionamento da atividade do legislador ordinário, mas também da administração e da jurisdição, cujos atos não de respeitar os princípios nelas consagrados”.

Todas as normas que asseguram direitos sociais, mesmo consideradas programáticas, vinculam os entes estatais, como explica Canotilho *apud* José Afonso da Silva (2000, p. 160):

O Poder Legislativo não pode emanar leis contra estes direitos e, por outro lado, está vinculado à adoção das medidas necessárias à sua concretização; ao Poder Judiciário está vedado, seja através de elementos processuais, seja nas próprias decisões judiciais, prejudicar a consistência de tais direitos; ao poder executivo impõe-se, tal como ao legislativo, actuar de forma a proteger e impulsionar a realização concreta dos mesmos direitos.

Os direitos sociais, nos casos em que não são prontamente exequíveis, dependem de prestações positivas do Estado ou de providência do Poder Legislativo, elaborando normas integradoras, sob pena de omissão inconstitucional.

1.5.1 Dignidade da pessoa humana

Os direitos fundamentais sociais têm como centro a dignidade da pessoa humana, cuja realização pelo Estado está ligada à efetiva repartição das liberdades sócio-econômicas, constituindo-se nos pilares do conteúdo constitucional democrático.

A “dignidade da pessoa humana”, terceiro fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, é princípio fundamental, que envolve o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, os direitos sociais, os direitos econômicos e as liberdades públicas em geral,

consubstanciando um compromisso entre forças políticas contrárias, estarão na base mesma do regime político, compreendido este como “um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram a concepção do Estado e da sociedade, e que inspiram sua ordenação jurídica”.

constituindo-se no princípio que agrega a totalidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição Federal.

Quando o texto constitucional proclama a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado, está corroborando um imperativo de justiça social, como ressalta Bulos (2002, p. 49), pois é “o *valor constitucional supremo*”, no sentido que abarca três dimensões, como ensina Antonio-Enrique Pérez Luño (1988, p. 288-289):

1ª) fundamentadora – núcleo basilar e informativo de todo sistema jurídico-positivo; 2ª) orientadora – estabelece metas ou finalidades predeterminadas, que tornam legítima qualquer disposição normativa que busque fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional; e, 3ª) crítica – em relação às condutas, já que: “Os valores constitucionais compõem, portanto, o contexto axiológico fundamentador ou básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico; o postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da constituição; e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade.

Em face disso, a dignidade da pessoa humana, enquanto vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988, é o princípio constitucional de que decorrem os demais, ou, como afirma Uadi Lammêgo Bulos (2002, p. 49-50)

[...] consigna um *sobreprincípio*, ombreando os demais pórticos constitucionais, como o da legalidade (art. 5º, II), o da liberdade de profissão (art. 5º, XIII), o da moralidade administrativa (art. 37) etc., e, por isso, sua observância obrigatória para a interpretação de qualquer norma constitucional, “devido a força centrípeta que possui, atraindo em torno de si o conteúdo de todos os direitos básicos e inalienáveis do homem”.

Além da função de *sobreprincípio* que confere unidade ao sistema dos direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana fundamenta a observância de documentos internacionais de direitos humanos, em normas infraconstitucionais, como direitos materialmente fundamentais.

Evidentemente, do ponto de vista individual, a dignidade da pessoa humana é um atributo do indivíduo, dotado de consciência e razão, como prescreve a Declaração dos Direitos Universais do Homem e, seu artigo 1º, diferentemente dos demais seres irracionais.

Disso decorrem as características da dignidade da pessoa humana, assim sintetizadas:

a) individualidade: a dignidade se refere a pessoa concreta; b) universalidade: o reconhecimento da dignidade para todas as pessoas; c) fundamento de existência digna, com qualidade de vida.

Podemos extrair do texto constitucional, portanto, duas idéias: a de *sobreprincípio* que fundamenta a realização de todos os direitos fundamentais do homem; e a de *valor* que é característica imamente da pessoa concreta, individual. Nesse aspecto, a dignidade da pessoa humana é a proteção individual do ser humano (homem ou mulher), e de sua relação com os demais integrantes do grupo social.

A dignidade da pessoa humana, ora é tida como *princípio*, ora como *valor*, já que estão estreitamente vinculados entre si. Daí a observação do jurista alemão Robert Alexy (2001) de que a diferença se restringe ao caráter deontológico dos princípios e axiológico dos valores. Os princípios são mandados de otimização, que devem ser observados e cumpridos na maior medida do possível, segundo as possibilidades jurídicas e fáticas (reais) existentes, enquanto os valores são caracterizados por mandados ou conceitos de dever ser, mas por conceito do que é bom.

De acordo com a Constituição a dignidade da pessoa humana é um mandado de otimização obrigando os destinatários da norma de direito fundamental social a realizar, na medida do possível, todos os meios necessários para garantir ao indivíduo uma vida com qualidade, segundo as possibilidades jurídicas (exemplo: não interferência dos poderes do Estado) e fáticas (por exemplo, a reserva do possível).

Dessa forma, podemos dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana obriga, por força da Constituição, uma atuação do poder público voltada à proteção do indivíduo, quer isoladamente, quer no seu relacionamento social, com programas que lhe garanta uma coexistência digna. Para tanto, o Estado deve agir (fazer), isto é, implementar, promover e

garantir os meios necessários para que todos os indivíduos (universalidade) tenham as mesmas condições e oportunidades (igualdade) para uma vida digna.

A dignidade da pessoa humana é, portanto, o fundamento dos direitos do homem. Aliás, essa idéia está presente nas convenções e resoluções internacionais relativas aos direitos humanos, evidenciada na Declaração dos Direitos do Homem, pois todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

A doutrina atual, segundo Pérez Luño (1998, p. 225):

[...] tende a conceber a dignidade a partir da situação básica de relação do homem com outros homens, em lugar de fazê-lo em função do homem singular encerrado em sua esfera individual, que havia servido às caracterizações deste valor na fase do Estado liberal de direito. Esta dimensão intersubjetiva da dignidade é de suma transcendência para definir o sentido e o alcance atuais dos direitos humanos que encontram nele seu princípio fundamentador.¹⁴

Ao proclamar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Brasileiro, o texto constitucional impõe um imperativo de justiça social, para garantir a todas as pessoas o mínimo necessário a uma existência com dignidade.

1.5.2 Mínimo necessário à existência

O direito ao mínimo existencial é freqüentemente fundamentado como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, entendendo-se que a dignidade aponta para determinado nível de satisfação das necessidades que garantam uma existência digna.

No Brasil, considerando que maioria dos direitos fundamentais sociais que compõem o mínimo necessário para uma existência digna têm previsão expressa, a sua

¹⁴ Conforme original: “La doctrina actual tiende a concebir la dignidad a partir de la situación básica de relación del hombre con los otros hombres, en lugar de hacerlo en función del hombre singular encerrado en su esfera individual, que había servido a las caracterizaciones de este valor en la fase del Estado liberal de derecho. Esta dimensión intersubjetiva de la dignidad es de suma transcendencia para calibrar el sentido y alcance actuales de los derechos humanos que encuentran en ella su principio fundamentador”.

fundamentação pode ser realizada com base nas normas que os prescrevem. Assim, se o mínimo existencial constitui o núcleo dos direitos fundamentais sociais, cujo conteúdo é extraído da própria Constituição, sem necessidade de densificação pelo legislador, é importante que o Estado garanta ao cidadão desprovido de meios de subsistência, através de prestações sociais os pressupostos mínimos para sua sobrevivência.

Todavia, como a fundamentação desses direitos fundamentais sociais traz o problema de que as prestações que compõem esses direitos não se circunscrevem ao mínimo existencial, é necessária uma delimitação conceitual, pois o conteúdo do mínimo necessário à existência está ligado ao conceito de necessidades¹⁵ básicas do homem concreto, englobando os meios materiais necessários à sua existência física, como alimentação, saúde, habitação e educação, como já registrava há mais de uma década, Ricardo Lobo Torres (1995, p. 113).¹⁶

O mínimo de existência condigna a ser cumprido pelo Estado deve garantir ao indivíduo a realização de suas necessidades básicas, ou seja, aquilo que as pessoas precisam para não terem privações constantes ou degeneração permanente da qualidade de vida.

J.J. Gomes Canotilho (2000, p. 503-504), abordando a questão do mínimo existencial, esclarece que:

Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um **núcleo básico de direitos sociais** (minimum core of economic and social rights), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. Nessa perspectiva, o ‘rendimento mínimo garantido’, as ‘prestações de assistência social básica’, o ‘subsídio desemprego’ são verdadeiros direitos sociais, originariamente derivados da constituição sempre que eles constituem o *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito.

¹⁵ O conceito de “necessidades” encontra recepção no art. 203 da CF e no art. 1º da Lei 8.742, de 7.12.1993 – Lei Orgânica da Assistência Social.

¹⁶ Ricardo Lobo Torres (1995, p. 113) explica que o mínimo existencial representa um conjunto de condições iniciais para o exercício da liberdade: “Os direitos à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive”.

As necessidades básicas do ser humano, em qualquer país avançado, correspondem aos agentes de satisfação como alimentos nutritivos e água limpa, moradia protegida, ambiente laboral desprovido de riscos, atendimento adequado à saúde, segurança na infância, educação apropriada, segurança física, segurança no controle de nascimento, na gravidez e no parto, como entendem Len Doyal e Ian Gouch *apud* Paulo Gilberto Cogo Leivas (2006, p. 125), esclarecendo-se que as condições prévias de toda ação individual, em qualquer cultura, são a saúde e a autonomia; portanto, estas constituem as necessidades humanas mais elementares e formam as pré-condições para evitar prejuízos graves.

Nesse aspecto, a necessidade básica de todo homem inicia-se pela saúde (física e intelectual), pois para desenvolver-se bem na vida cotidiana, os seres humanos precisam ir além da mera sobrevivência, devendo gozar um mínimo de boa saúde, ou seja, não devem ter nenhuma enfermidade biológica, pois a doença os impede de terem uma vida digna. Ainda com escudo em Len Doyal, o jurista Paulo Gilberto Cogo Leivas (2006, p. 125) entende que:

[...] os indivíduos expressam sua autonomia por referência a sua capacidade de formular objetivos e estratégias consistentes que considerem como adequados a seus interesses e suas intenções de pô-los em prática nas atividades que empreendem. São três as variáveis que afetam os níveis de autonomia individual: o grau de *compreensão* que uma pessoa tem de si mesma, de sua cultura e do que se espera dela como indivíduo dentro da mesma; a *capacidade psicológica* que possui para formular opções para si mesma e as oportunidades objetivas que lhe permita atuar em consequência.

Ao contrário dos direitos de liberdade que, em geral, custam pouco, os direitos essencialmente sociais exigem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado, o que permitiu a construção da dogmática da “reserva do possível” (*Vorbehals des Möglichen*), significando dizer que tais direitos só existem quando (e enquanto) houver disponibilidade financeira nos cofres públicos. Para atenuar essa conclusão, sustenta-se, por vezes, que “a

única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais reconduz à garantia do *mínimo social*".¹⁷ (Canotilho, 2000, p. 471)

Esse mínimo social depende de cada caso concreto, correspondendo às necessidades vitais de cada indivíduo, e correspondendo às condições políticas e econômico-sociais do Estado, em face das limitações orçamentárias.

Como a maioria dos direitos fundamentais sociais que compõem o mínimo necessário a uma existência condigna têm previsão constitucional a sua fundamentação pode ser realizada com base nas normas que os prescrevem, como os direitos à saúde, à educação, à habitação etc.

Vislumbra-se, portanto, como bem apontado por Ana Paula de Barcellos (2002, p. 258), que a Constituição de 1988 concebe um *mínimo existencial* composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso à Justiça, pontos esses correspondentes ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, conseqüentemente, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário.

¹⁷ Para Canotilho (2000, p. 471): “[...] um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’, equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”. Daí a garantia do “mínimo social”. Diz ele: “Segundo alguns autores, porém esta garantia do mínimo social resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais”.

CAPÍTULO II. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

2.1 Concretização dos direitos fundamentais sociais

O Constituinte, ao elaborar a Carta de 1988, elegeu um novo modelo de ordem jurídica, substituindo a primazia da lei pela primazia da Constituição¹⁸, transformando-a em fundamento de agir dos poderes que compõem o Estado Democrático de Direito, afirmando a independência entre eles e a estrita observância das normas constitucionais para o desempenho de suas funções. Evidencia-se, portanto, a amplitude de significação do princípio da legalidade, pois todas as normas infraconstitucionais devem observância aos princípios constitucionais, e, por conseguinte, na interpretação da lei, todos devem analisá-la sob a hermenêutica constitucional.

Dessa forma, a supremacia normativa da Constituição, além de estabelecer os parâmetros de atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, impõe-lhes a estrita observância dos preceitos constitucionais definidores dos direitos fundamentais sociais, com ações que concretizem direitos.

Ao cumprir a ordem da norma constitucional definidora de direitos fundamentais sociais por meio de ações (negativas e positivas) o Estado concretiza no mundo real (realidade material) o preceito insculpido na norma geral e abstrata (realidade formal), e, com isso, realiza o “querer” da Constituição (“dever ser”) no mundo físico (“ser”)¹⁹.

¹⁸ Gomes Canotilho (2000, p. 245) aduz que: “[...] o estado de direito é um estado constitucional”, e a Constituição “não é uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual”, mas “uma verdadeira ordenação normativa e fundamental dotada de supremacia [...]”.

¹⁹ Konrad Hesse (1994) reconhece que a separação considerada inevitável entre realidade e norma, entre ser e dever ser, no direito constitucional não leva a lugar nenhum, e pode converter-se na confirmação da tese da exclusividade da forma determinante das relações fáticas. A supremacia da norma sobre a realidade ou vice-versa pode provocar uma norma vazia de realidade ou a realidade vazia de normatividade. Essa relação entre

Evidentemente que o comportamento ativo do poder público, imposto pela Constituição, deve atender aos procedimentos estabelecidos pelas normas constitucionais, observando que o núcleo dos direitos fundamentais sociais é a dignidade da pessoa humana, já que a finalidade precípua de tais direitos fundamentais é a realização da igualdade material ou real.

Assim, há uma vinculação formal e material dos poderes públicos aos preceitos constitucionais, impondo-lhes uma conduta ativa que garanta e torne efetivos os direitos fundamentais sociais, não só em face do princípio da legalidade, mas sob o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana. Com isso, evidencia-se o dever imposto pela Constituição aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário de proverem as prestações materiais dos indivíduos, sob pena de afronta aos preceitos constitucionais.

A necessidade de concretização dos direitos fundamentais sociais hoje impõe aos poderes públicos dever de agir para cumprir o preceito constitucional. Assim, há elementos formais e substanciais que o Poder Legislativo deve observar ao legislar para concretizar tais direitos e o Poder Executivo deve prever ao implementar políticas públicas para concretizar, no plano real, os direitos sociais.

Dessa forma, partindo do pressuposto de que a maioria das normas que definem os direitos fundamentais sociais têm natureza programática, o dever de atuação do Poder Legislativo está na elaboração de normas infraconstitucionais que densifiquem o conteúdo dessas normas, a fim de que as prestações devidas se concretizem com a implementação direta pelo Poder Executivo. Como salienta Canotilho (2001, p. 298), somente quando as normas constitucionais não forem “self executing” é que “poderá continuar a falar de execução constitucional como execução fundamentalmente legislativa”, já que a atuação do poder

norma e realidade implica na vinculação da Constituição às circunstâncias sociais, políticas ou econômicas de uma determinada época, isto é, a vigência da Constituição só se realiza quando leva em conta circunstâncias concretas de uma época. Além disso, o caráter normativo da Constituição ordena e conforma a realidade social e política. Dessa coordenação entre norma e realidade, entre dever ser e ser, decorrem as possibilidades e os limites da força normativa de uma Constituição.

legislativo “não é só um querer ou poder [...] mas um verdadeiro dever imposto pelas normas hierarquicamente superiores da constituição [...]”. Assim, cabe uma breve análise da missão do Poder Legislativo para a concretização dos direitos fundamentais que, eventualmente, tenham como característica a programaticidade das normas definidoras de seu conteúdo.

2.2 A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais

Para Konrad Hesse (1994, p. 98) “em princípio não podem os direitos fundamentais sociais cobrar o caráter de direitos subjetivos individuais”, porque esses direitos apresentam uma estrutura distinta dos tradicionais direitos de liberdade e igualdade e “não se fazem efetivos pelo fato que se respeitem e amparem, senão que reconhecem de antemão, e em qualquer caso mais que nos direitos fundamentais tradicionais, ações do Estado tendentes a realizar o programa contido neles”. Assim, a estrutura distinta dos direitos fundamentais sociais faz com que “somente a partir de uma regulação concreta acometida pelo legislador podem nascer pretensões jurídicas bem determinadas e invocáveis ante o poder público”.

Em face disso, o autor entende que tais direitos se encontrariam sob a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo possa razoavelmente exigir do Estado.

Nesse aspecto, é preciso distinguir os direitos fundamentais sociais dos direitos sociais garantidos em instrumentos normativos infraconstitucionais, de modo que os primeiros, tendo natureza constitucional, gozam de todas as garantias dos demais direitos fundamentais, e não necessitam de legislação ordinária para sua concretização.

Böckenförde (1993, p. 76 e ss.), partindo de uma distinção entre os direitos fundamentais e liberdade e os direitos fundamentais sociais, afirma que a justiciabilidade destes fere o princípio democrático. Diz que os primeiros protegem algo antecedente, não criado por regulação legal (prática de religião, expressão de opinião, informação, reunião

etc.), enquanto que os últimos, não partindo de algo antecedente, necessitam de medidas do legislador e/ou da Administração que proporcionem o acesso a bens materiais e a participação neles. Essa diferença de estrutura produz a consequência de que os direitos fundamentais de liberdade se impõem por si mesmo, isto é, são realizáveis diretamente no nível da constituição pela via de pretensões jurídicas concretas, enquanto que a pretensão constitucional contida nos direitos fundamentais sociais é tão geral que não podem eles produzir pretensões jurídicas concretas pela via da interpretação.

Böckenförde (1993, p. 76 e ss.) aponta duas ordens de dificuldades para a realização dos direitos fundamentais sociais diretamente da Constituição: a) grande número de meios possíveis para a realização dos direitos (por exemplo, o direito à moradia pode ser realizado mediante uma fixação estatal do preço das moradias ou por subsídios de aluguel ou por construção de moradias pelo Estado etc.); b) os meios financeiros a serem utilizados para a realização destes direitos, que devem considerar a política orçamentária e a sua fixação de prioridades. Tais tarefas, em um ordenamento constitucional democrático, baseado no princípio da separação dos poderes, competem, em primeiro lugar, ao legislador legitimado democraticamente, e, em segundo lugar, à Administração, e não podem se resolver por via de uma interpretação do enunciado constitucional que formula o direito fundamental social.

Esse entendimento traz à discussão a alternativa programaticidade ou aplicabilidade imediata da norma de direito fundamental social.

Discorrendo sobre o tema, Paulo Bonavides (1996, p. 518), refutando a tese de que os direitos fundamentais sociais são normas programáticas, ressalta:

Atravessaram [os direitos fundamentais de segunda geração], a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

De tal sorte que os direitos fundamentais de segunda geração tendem a tornar-se tão justicializáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.

Embora o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ainda assim, ela faz depender de legislação posterior a aplicabilidade de algumas normas de direitos sociais, assentando José Afonso da Silva (1999, p. 184) que:

Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto que as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integralizadora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras se exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mas se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.

Paulo Gilberto Cogo Leivas (2006, p. 94-95), em sua “Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais”, entendendo que o debate acerca da programaticidade ou aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais deve ser substituído pela discussão acerca da existência de direitos fundamentais sociais na Constituição Brasileira e ao próprio conceito de direito fundamental, assegura:

Se se admite a existência de direitos fundamentais sociais, então eles têm aplicabilidade imediata, uma vez que os direitos fundamentais são posições tão importantes que sua outorga ou não-outorga não pode ficar em mãos da simples maioria parlamentar. Portanto, quem defende a programaticidade dos direitos fundamentais sociais necessitará defender a inexistência de direitos fundamentais sociais na Constituição brasileira e argumentar contra a própria literalidade do texto constitucional, que inclui o Capítulo II – Dos Direitos Sociais – no Título II – Dos Direitos Fundamentais.

De qualquer modo, o § 1º do art. 5º não se restringe aos direitos que a Constituição intitula de “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, listados no art. 5º, mas aos “direitos e garantias fundamentais”, o que remete também ao Título II, no qual estão incluídos os direitos sociais (Capítulo II), os direitos referentes à nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e os direitos relacionados aos partidos políticos (Capítulo V).

Segundo o autor (2006, p. 95), “a tese da aplicabilidade imediata não resolve, contudo, o nó górdio da dogmática dos direitos fundamentais sociais: a possibilidade de existirem prestações fáticas positivas judicialmente invocáveis”, pois:

[...] os princípios democrático e da separação dos poderes, que efetivamente, conferem aos Poderes Legislativo e Executivo uma legitimação privilegiada para a conformação e execução dos direitos fundamentais sociais, são princípios constitucionais que restringem, amiúde os direitos fundamentais sociais *prima facie*, porém não funcionam como obstáculos à efetividade destes direitos em caso de omissão ou ação insuficiente, inadequada ou desnecessária dos Poderes Legislativo e Executivo.

Nessa linha de raciocínio, os direitos fundamentais sociais somente podem ser restringidos, se, submetidos à análise da proporcionalidade em sentido estrito, chegar-se à conclusão que os chamados princípios formais (princípio democrático e separação dos poderes) e os princípios materiais (v.g. os direitos fundamentais sociais de terceiros) apresentarem-se como mais importantes no caso concreto, segundo a lei da ponderação, que os próprios direitos fundamentais.

Assim, os direitos sociais devem ser reconhecidos como de eficácia imediata, cabendo ao intérprete da norma a missão de apurar o grau dessa aplicabilidade, em face da razoabilidade da pretensão e dos recursos financeiros, observando que a atuação dos órgãos públicos na concretização desses direitos deve orientar-se pelo princípio da “máxima efetividade” da Constituição.

Esse princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, segundo Canotilho (2000, p. 1187), pode ser formulado da seguinte maneira: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”, pois:

É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Assentada a atuação estatal nesse princípio, a promessa constitucional da plena realização dos direitos e garantias fundamentais torna-se realidade, na medida em que a

conduta administrativa não mais se agarra na idéia de que a norma de direito fundamental social é lei imperfeita, reclamando densificação de conteúdo por outra lei.

2.3 Poder Legislativo e a concretização das normas de direitos fundamentais sociais

Nem todas as normas constitucionais gozam da mesma possibilidade de aplicação, pois em alguns casos, evidencia-se a limitação da eficácia da norma, em face de sua eficácia restrita. Evidentemente, grande parte das normas de direito social têm limitada a sua eficácia, especialmente em razão da natureza não densificada de seu conteúdo.

Assim, a maioria dos direitos fundamentais sociais é constituída por normas programáticas, em face da indeterminabilidade jurídico-constitucional das normas definidoras dos direitos a prestações em sentido estrito²⁰. Em face disso, o legislador tem o dever de densificar os preceitos definidores dos direitos fundamentais sociais para assegurar a efetividade de concretização desses direitos no mundo fático.

Ante a não exeqüibilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais sociais, o destinatário principal, o legislador infraconstitucional tem o dever de determinar o conteúdo do direito social, quando esse não decorre da Constituição. Isso não significa que essas normas definidoras de direitos fundamentais sociais escapem do controle judicial, mas que, em razão da indeterminabilidade de seu conteúdo, dependem de uma regulamentação pelo Poder Legislativo para adquirirem eficácia e exeqüibilidade.

²⁰ Segundo Canotilho (2000, p. 366): “[...] os direitos fundamentais sociais a prestações equivaleriam a normas programáticas, ou, então, seriam *legis imperfectae* que necessitariam de concretização e atualização pelo legislador”.

A Constituição não atribui ao Poder Legislativo competência para conceder direito fundamental social, pois é a própria norma constitucional que o concede, segundo Luís Roberto Barroso (2002, p. 212). O legislador faz definir, por meio de lei, o conteúdo da prestação, os meios e os recursos indispensáveis para a realização concreta da prestação; isto é, ele cria os pressupostos necessários ao exercício de um direito social, previsto na ordem constitucional.

Ao definir o exato conteúdo do direito fundamental social o legislador dá-lhe a eficácia, colocando à disposição do indivíduo os meios e instrumentos necessários para exigilo da Administração Pública, que tem o dever de implementá-lo.

Sendo o legislador ordinário o responsável pela definição do conteúdo dos direitos fundamentais sociais à prestação, fica evidente que esses direitos são direitos derivados a prestação, pois ao contrário dos direitos originários a prestação, que decorrem diretamente das normas constitucionais, aqueles direitos, de conteúdo indeterminado, necessitam de norma regulamentadora no sentido de ser densificado o conteúdo, de forma a lhes dar garantia de exequibilidade.

Corolário do dever de legislar para densificar o conteúdo dos direitos fundamentais, há o direito subjetivo público de se exigir a atuação do legislador, para cumprir esse mister, para que a Administração Pública possa implementar políticas públicas que concretizem tais direitos, pois não o fazendo, nasce o direito de o titular desse direito social acionar o Poder Judiciário para suprir a omissão.

A necessidade de intervenção do legislador ordinário para densificar a norma de direito fundamental social só se verifica quando se exceda o núcleo essencial desse direito, pois, em se tratando do mínimo necessário, que representa o núcleo dos direitos sociais, em face do princípio da dignidade da pessoa humana, desnecessária a atuação do legislador

infraconstitucional, porque o conteúdo do mínimo existencial decorre da própria norma constitucional.

Partindo-se, portanto, do pressuposto de que o conteúdo da maioria dos direitos fundamentais sociais é indeterminado, evidencia-se que o destinatário do preceito constitucional é o legislador ordinário, que está obrigado ao cumprimento do dever imposto pela Constituição de apontar o conteúdo das normas consagradoras dos direitos fundamentais sociais, e, com isso, dar à Administração Pública as diretrizes para a implementação dos serviços públicos necessários.

Evidente, portanto, que os preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais contêm normas jurídicas vinculantes, obrigando o legislador a densificar o conteúdo de tais normas, pois, como diz Canotilho (2003, p. 504-505), há uma imposição constitucional que “aponta para um verdadeiro dever do legislador de dar operacionalidade a estas imposições sob pena de inconstitucionalidade por omissão”.

2.3.1 Conseqüências da omissão do Poder Legislativo

A existência das chamadas normas constitucionais programáticas impõe ao Poder Legislativo a obrigação de produzir as respectivas leis regulamentadoras ou densificadoras de conteúdo, como garantia de exequibilidade aos direitos fundamentais a prestações em sentido estrito.

A efetividade dos direitos sociais decorre da atuação do Legislativo, pois a inércia do legislador não densificando as chamadas normas constitucionais programáticas, garantidoras de direitos sociais, acarreta a violação do preceito constitucional e, por conseqüência, evidencia a inconstitucionalidade por omissão.

Em face disso, os instrumentos colocados à disposição pelo ordenamento jurídico para sanar a omissão do legislador se restringem à ação de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º) e ao mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI).

2.3.1.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

O desrespeito à Constituição pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em uma atuação positiva, gera a inconstitucionalidade por ação. Por outro lado, quando o Estado deixa de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, exequíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incide em violação negativa do texto constitucional.

Da omissão da conduta a que estava obrigado resulta a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. Nesse caso, a inconstitucionalidade pode se concretizar por violação dos procedimentos estabelecidos na Carta Magna ou ofensa ao conteúdo material da Constituição. No primeiro caso, temos uma inconstitucionalidade por omissão formal, e, no segundo, uma inconstitucionalidade por omissão material.

A inconstitucionalidade por omissão decorre da inércia do poder legislativo cumprir o seu dever de legislar a que está sujeito em algumas hipóteses.

A primeira questão a ser analisada no tocante ao desrespeito à Constituição por omissão do legislador diz respeito à existência ou inexistência de um direito subjetivo do

cidadão à atividade legislativa, já que o dever constitucional imposto ao Legislativo de densificar normas de direito fundamental social decorre do reconhecimento de que esse é um direito subjetivo do cidadão.

A omissão do Poder Legislativo em editar norma densificadora dos direitos sociais²¹ que dela necessitem é inconstitucional.

A inconstitucionalidade por omissão existe quando um órgão público se abstém de realizar um ato, cuja prática é exigida constitucionalmente. Por sua inércia surge a violação do dever constitucional de agir. Dessa forma, a omissão legislativa resulta da inércia do legislador em editar as normas necessárias para a efetividade da Constituição, nos casos que prevê.

Segundo Flávia Piovesan (2003, p. 92):

[...] para caracterizar a omissão legislativa, a intervenção do legislador há de advir não do dever geral de legislar, mas da específica e concreta incumbência ou encargo constitucional. Surge uma verdadeira ordem de legislar de cunho específico, cujo cumprimento está adstrito à emissão das normas correspondentes.

Assim, a inconstitucionalidade por omissão se situa na fronteira da discricionariedade do legislador e do dever de legislar a que está sujeito em determinadas hipóteses.²²

Uma das questões vitais à caracterização da inconstitucionalidade por omissão legislativa se refere ao momento em que determinada inércia legislativa passa a ser tida como

²¹ Luís Roberto Barroso (2003, p. 106) aponta três casos típicos de inconstitucionalidade por omissão: “(a) a omissão do órgão legislativo em editar lei integradora de um comando constitucional; (b) a omissão dos poderes constituídos na prática de atos impostos pela Lei maior; (c) a omissão do Poder Executivo caracterizada pela não expedição de regulamentos de execução de leis”. Jorge Miranda (2001, p. 273), por seu turno, diz que a inconstitucionalidade por omissão existe quando o legislador não edita as leis necessárias para conferir exequibilidade às normas constitucionais não exequíveis por si mesmas.

²² Diz a autora (2003, p. 93) que o conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz a idéia de liberdade e de limitação. Se é reconhecido ao legislador o poder de conformação dentro dos limites estabelecidos na Constituição, vedando-lhe o excesso de poder, por outro lado o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar. Segundo Gilmar Mendes apud Flávia Piovesan (2003, p. 93), a omissão inconstitucional é equiparável, nesta ótica, à ação inconstitucional. Curioso é o caráter ambivalente das normas constitucionais, ao mesmo tempo “ordem de ação” e “limite de ação”. Tanto a liberdade discricionária outorgada ao legislador como os limites desta liberdade surgem como questão jurídica suscetível de aferição judicial, passível de ser solvida no âmbito do controle de constitucionalidade.

inconstitucional, pois há situações em há fixação de prazo pela própria Constituição (exemplos: arts. 12, 20, 48 e 50 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF de 1988), e há normas programáticas sem fixação de prazo pela Constituição para sua densificação.

No primeiro caso, no curso do prazo determinado pela Constituição enquanto o legislador não editar a norma correspondente, não haverá inconstitucionalidade, pois não houve o decurso do prazo determinado para a adoção das medidas necessárias. Somente após ter decorrido o prazo sem as providências exigidas é que a inércia pode ser tida como inconstitucional.

No segundo caso, se a Constituição não delimitou o prazo para a densificação da norma programática, no caso de inércia do órgão competente, há de ser apurado qual o prazo razoável para a tomada das providências necessárias para cumprimento da ordem constitucional.

Essa razoabilidade, segundo Recasen Siches (1973, p. 287), está limitada e influenciada pela realidade concreta do mundo no qual opera o Direito; está circunscrita e influenciada pela realidade do mundo social, histórico e particular, no qual e para o qual são produzidas as regras jurídicas. Além disso, está impregnada por valorações, critérios axiológicos, que devem levar em conta todas as possibilidades e todas as limitações reais.

Dessa forma, a inércia do órgão legislativo só será inconstitucional, após decorrido um lapso temporal que extrapole os limites do razoável, o que não deixa de ter uma apreciação subjetiva, já que o parâmetro necessário é o “bem da vida” em jogo.

A ação de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º, da Constituição Federal, é o mecanismo de controle da omissão inconstitucional. Essa ação tem seu sistema de controle no modelo jurisdicional, combinando os critérios difuso (todos os órgãos jurisdicionais podem declarar a inconstitucionalidade de uma norma) e o concentrado

(em que um tribunal superior, no caso o Supremo Tribunal Federal, é o competente para julgamento da inadequação de uma norma à Constituição Federal).

A inconstitucionalidade por omissão recebe o mesmo tratamento da inconstitucionalidade por ação, de sorte que seu controle se realiza por meio de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103 e §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, cujos legitimados ativos encontram-se elencados no *caput* do dispositivo, e na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

O objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão legislativa é a ausência de medida de caráter legislativo ou medida normativa que impeça a concretização e exeqüibilidade da norma de direito social programática. Isso corresponde à necessidade de demonstração de que a omissão legislativa impede o cumprimento da norma constitucional.

Outros requisitos são necessários para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como: (a) a necessidade de densificação da norma constitucional por um ato legislativo ou lei em sentido formal; e, (b) ausência de medida legislativa indispensável para densificar e tornar exeqüível a norma constitucional, como diz Jorge Miranda. (2001, p. 285-286)

Tratando-se de controle abstrato e concentrado, o órgão jurisdicional competente para julgamento dessa ação é o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, inciso I, alínea “a”).

Na prática, pouco efeito surte a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois o Poder Judiciário não pode obrigar o Poder Legislativo a elaborar a lei densificadora, já que, declarada a inconstitucionalidade por omissão, é dado conhecimento ao Poder Legislativo que poderá ou não cumprir o mandado judicial, sem que haja qualquer sanção em caso de não atendimento. Isso, sem dúvida, torna esse instrumento insuficiente para a

efetivação das normas fundamentais sociais²³. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.458-DF, publicada no DJU em 20.09.1996, sendo relator o eminente Ministro Celso de Mello, ressaltou:

A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.²⁴

Todavia, como sustenta Flávia Piovesan (2003, p. 126-127), a título de proposição, mais conveniente e eficaz seria se o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional a omissão e fixasse prazo para que o legislador omissor suprisse a omissão inconstitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. O prazo poderia corresponder ao prazo da apreciação em “regime de urgência” que, nos termos do art. 64, § 2º, do texto, é de quarenta e cinco dias. Finalizado o prazo, sem qualquer providência adotada, poderia o próprio Supremo, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante. Esta decisão normativa do Supremo Tribunal Federal, de caráter temporário, viabilizaria, desde logo, a concretização de preceito

²³ Flávia Piovesan (2003, p. 126), em nota, esclarece: “Na avaliação de Sérgio Fernando Moro: “Ora, é certo que a Constituição brasileira não autoriza expressamente o juiz a suprir eventual omissão legislativa para o desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais. No entanto, cumpre reconhecer que também não proíbe expressamente atividade da espécie. [...] No tocante ao controle de inconstitucionalidade por ação, deve-se destacar que também inexistente autorização expressa na Constituição para que o juiz extraia as consequências decorrentes da declaração de inconstitucionalidade, no que se refere ao controle por ação, qual a razão de se exigir para o controle por omissão?”. O autor (2001, p. 84) culmina seu raciocínio da seguinte maneira: “O julgador, no exercício do controle de constitucionalidade, invade inevitavelmente área reservada ao legislador. Assim age, entretanto, para resguardar a supremacia da Constituição. Aliás, a intensidade da interferência parece ser maior no caso de invalidação do ato legislativo inconstitucional do que no de suprimento de omissão inconstitucional. No primeiro caso, o juiz estará sobrepondo sua interpretação da Constituição à interpretação legislativa, dizendo que a lei, um ato positivo do legislador, é incompatível com a Carta Constitucional. No segundo, o juiz apenas atua supletivamente, censurando não uma ação do legislador, mas uma omissão, ou melhor, talvez apenas desenvolvendo e efetivando a Constituição, independentemente do legislador e no âmbito de suas atribuições específicas, ou seja, no julgamento de casos concretos, sem que sequer cogite de uma censura a outro poder constituído. Se em um regime democrático são problemáticas decisões judiciais que invalidam decisões legislativas, menos problemáticas são decisões que suprem vazios legislativos”.

²⁴ STF – ADI n. 1.458-7 – DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 20.09.1996 (Júris Síntese Millennium 101177).

constitucional. Estariam conciliados o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.

A proposição da autora é absolutamente consoante com a sistemática constitucional. Basta, por analogia, refletir sobre a sistemática constitucional da adoção de medidas provisórias pelo Presidente da República, nos termos do art. 62, da Constituição Federal de 1988, verdadeira função atípica do Executivo, só admissível em casos de urgência e relevância. Nos moldes concebidos a medida provisória é precária, temporária, apresentando eficácia imediata, e só se converte em lei, quando aprovada pelo Congresso Nacional.

2.3.1.2 Mandado de injunção

O desprestígio da Constituição, por inércia de órgãos meramente constituídos, representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Constituição Federal, pois evidencia o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelos poderes do Estado. O inadimplemento do dever constitucional de legislar, quando configure causa inviabilizadora do exercício de liberdades, prerrogativas e direitos proclamados pela própria Constituição, justifica a utilização do mandado de injunção, como tem entendido o Supremo Tribunal Federal.²⁵

O Mandado de Injunção, previsto na Constituição de 1988, no capítulo dedicado aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, que integra o Título II, relativo aos Direitos e Garantias Fundamentais, e previsto no art. 5º, LXXI, da CF, ao lado das demais garantias constitucionais, como o mandado de segurança individual e coletivo, o *habeas corpus*, *habeas data* e ação popular, é garantia constitucional.

²⁵ Nesse sentido: MI 472 – TP-STF – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 02.03.2001 – p. 00003 – Júris Síntese Millennium 5017653.

Trata-se de verdadeira ação constitucional colocada à disposição do titular do direito fundamental a fim de obter do Poder Judiciário um mandado que supra a omissão legislativa, uma vez que a inércia do órgão legislativo impede a efetividade da norma constitucional pelo titular do direito subjetivo público.

Segundo Luís Roberto Barroso (2002, p. 247), o mandado de injunção foi uma criação do constituinte de 1988 para buscar “uma maior efetividade das normas constitucionais, que, em regimes passados, pereciam, desvalidas, por inércia do legislador em regulamentar os direitos delas decorrentes”, bem como “concebido como remédio” para impedir o “descrédito da Constituição causado pela inércia do legislador”.

O que se extrai do dispositivo constitucional é que o mandado de injunção protege direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas, estas, inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Como diz José Afonso da Silva (1999, p. 453):

[...] não importa o direito que a norma confere: desde que seu exercício dependa de norma regulamentadora e desde que esta falte, o interessado é legitimado a propor o mandado de injunção, quer a obrigação de prestar o direito seja do Poder Público, quer incumba a particulares.

O objeto do mandado de injunção, segundo Flávia Piovesan (2003, p. 140-141), é assegurar o exercício: a) de qualquer direito constitucional não regulamentado; b) de qualquer liberdade constitucional não regulamentada, e c) das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania, quando não regulamentadas, e, revelando-se como verdadeiro instrumento de realização do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, previsto pelo art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988.

A função do mandado de injunção é possibilitar que norma constitucional não regulamentada seja aplicada, pois, havendo regulamentação não cabe essa garantia, quando

não satisfeitos esses direitos, que devem ser reclamados por outras vias, como mandado de segurança, ação cautelar ou ação ordinária.²⁶

A legitimidade ativa, diferentemente da ação de inconstitucionalidade por omissão (cuja legitimidade ativa está prevista no art. 103, I a IX, da CF), pode ser impetrado por qualquer pessoa que demonstre ser titular do direito fundamental (não regulamentado) e que não existe norma densificadora desse direito fundamental.

Tal como previsto na Constituição, o mandado de injunção é garantia constitucional individual, para Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 553):

O mandado de injunção foi concebido como instrumento de controle concreto ou incidental de inconstitucionalidade da omissão, voltado à tutela de direitos subjetivos. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi ideada como instrumento de controle abstrato ou principal de constitucionalidade da omissão, empenhado na defesa objetiva da Constituição. Isso significa que o mandado de injunção é uma ação constitucional de *garantia individual*, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional de *garantia da Constituição*.

Além da legitimidade ativa conferida ao titular do direito fundamental, cujo exercício é impedido pela ausência de regulamentação, podem interpor mandado de injunção entes coletivos²⁷, como sindicatos, entidades de classe ou associação legalmente constituídas, havendo hipóteses em que o mandado de injunção seria impetrado em defesa de direitos fundamentais coletivos, cujo exercício estaria obstado por ausência de norma regulamentadora, e pelo Ministério Público sempre que a falta de norma regulamentadora

²⁶ Nesse sentido já decidiu o Eg. TJSP, julgando extinto, por falta de interesse processual, Mandado de Injunção impetrado por sindicato que pretendia a regulamentação, por Decreto do Prefeito Municipal, de transporte alternativo, matéria constante de lei municipal que, para o aludido transporte, exige “Autorização do executivo”, sob fundamento de que “Falta de interesse processual a sindicato que impetra mandado de injunção para regulamentar matéria constante de lei, que não exige baixa de decreto regulamentador, mas puramente, emissão de autorização para exercício de direito nela previsto, de maneira que, por falta de aludido interesse, julga-se extinto o processo sem julgamento de mérito (Código de Processo Civil, art. 267, VI)”. (TJSP – MI 120.787-5 – São Paulo – 9º CDPúb. – Rel. Des. Sidnei Beneti – J. 01.12.1999 – v.u. – Júris Síntese Millenium 13039678).

²⁷ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite legitimidade ativa *ad causam* aos sindicatos para a instauração, em favor de seus membros ou associados, do mandado de injunção coletivo. II. – Precedentes: MMII 20, 73, 342, 361 e 363. III. – Participação nos lucros da empresa: C.F., art. 7º, XI; mandado de injunção prejudicado em face da superveniência de medida provisória disciplinando o art. 7º, XI, da C.F. (STF – MI 102 – PE – TP – Rel. p/o Ac. Min. Carlos Velloso – DJU 25.10.2002 – p. 00025 – Júris Síntese Millennium 105013306).

torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas à nacionalidade, soberania e à cidadania, quando difusos os interesses a serem protegidos (art. 6º, VIII, Lei Complementar nº 75, de 20.05.1993).

Admite-se, pois, a impetração do mandado de injunção coletivo, mas não para a tutela de direito difuso, pois essa garantia estaria a se confundir com o instrumento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Esse é o entendimento Flávia Piovesan (2003, p. 144):

Caso se admitisse a tutela também do direito difuso, o instrumento de injunção estaria, até certo ponto, a se confundir com o instrumento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Isto é, caberia em julgamento de mandado de injunção a elaboração da norma regulamentadora geral e abstrata. O mandado de injunção deixaria de constituir instrumento de defesa de direito subjetivo, voltado a viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, para se transformar em instrumento de tutela de direito objetivo, permitindo a eliminação de lacunas do sistema jurídico-constitucional.

Por seu turno, a legitimidade passiva no mandado de injunção recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito, não recaindo sobre a autoridade competente para elaborar a norma regulamentadora faltante.²⁸

Embora haja quem sustente a tese de que está legitimada passivamente para a ação de mandado de injunção a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que deva suportar os efeitos da sentença, é preciso consignar que essa não é a posição dominante no Supremo Tribunal Federal, que firmou o entendimento de que parte passiva é apenas a autoridade e o órgão omissor. Nesse sentido, no julgamento do MI 323-8, o Supremo Tribunal Federal²⁹ assentou que:

²⁸ Nesse sentido: “Firmou-se, no STF, o entendimento segundo o qual o mandado de injunção há de dirigir-se contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade que tem o dever de regulamentar a norma constitucional, não se legitimando *ad causam*, passivamente, em princípio, quem não estiver obrigado a editar a regulamentação respectiva. Não é viável dar curso a mandato de injunção, por ilegitimidade passiva *ad causam*, da empregadora do requerente, única que se indica como demandada, na inicial”. (STF – MI 352 – TP – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 12.12.1997 – Júris Síntese Millennium 101898)

²⁹ Cf. MI 323-8, DJU 14.02.1992, JSTF - *Lex* 161, maio.1992, p. 100-106.

Em face da natureza mandamental do mandado de injunção, como já afirmado por este Tribunal, ele se dirige às autoridades ou órgãos públicos que se pretendem omissos quanto à regulamentação que viabilize o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, não se configurando, assim, hipótese de cabimento de litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos públicos que deverão, se for o caso, elaborar a regulamentação necessária, e particulares que, em favor do impetrante do mandado de injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora, quando vier esta, em decorrência de sua elaboração, a entrar em vigor.³⁰

Segundo Flávia Piovesan (2003, p. 148), das diversas correntes que discutem o tema relativo aos efeitos da decisão concessiva da injunção, três teses se destacam, entendendo que ao conceder o mandado de injunção cabe ao Poder Judiciário: a) elaborar a norma regulamentadora faltante, suprimindo, deste modo, a omissão do legislador; b) declarar inconstitucional e omissão e dar ciência ao órgão competente para a adoção das providências necessárias à realização da norma constitucional³¹; e, c) tornar viável, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontrar obstado por faltar norma regulamentadora.

Evidente que não pode ser aceita a tese de que pode o Judiciário, ao conceder a injunção, elaborar a norma regulamentadora ausente, suprimindo a omissão legislativa. A própria Constituição não admite, uma vez que manteve a separação das Funções do Poder do Estado (art. 2º). Além disso, editar norma geral e abstrata é função típica e própria do Poder Legislativo.³²

³⁰ Em relação a essa decisão, assentou Luis Roberto Barroso (2002, p. 258) que: “No fundo – *data máxima vênia* – o erro de concepção na posição majoritária da Suprema Corte é, precisamente, a atribuição de natureza mandamental ao instituto”.

³¹ Nesse sentido o MI nº 438-2-Goiás, com julgamento pelo Plenário do STF em 11.11.94, sendo Relator o Min. Néri da Silveira. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29.07.2008.

³² O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MI 485-MT, em 25.04.2002, sendo Impetrante o Sindicato dos Delegados de Polícia do Mato Grosso, entendeu necessária a regulamentação do direito de greve do servidor público, conforme ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. 1. Servidor público. Exercício do direito público subjetivo de greve. Necessidade de integralização da norma prevista no artigo 37, VII, da Constituição Federal, mediante edição de lei complementar, para definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público. Precedentes. 2. Observância às disposições da Lei 7.783/89, ante a ausência de lei

A segunda tese também não pode ser aceita, pois admitir que no julgamento do mandado de injunção o Poder Judiciário declare inconstitucional a omissão e dê ciência ao órgão competente para a adoção de providências necessárias à concretização da norma constitucional, estaria dando a essa ação, semelhante finalidade à da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º, da CF.

Como diz Flavia Piovesan (2003, p. 151), faltaria razoabilidade ao constituinte se criasse dois instrumentos jurídicos com idêntica finalidade, o que afastaria toda coerência e logicidade do sistema constitucional:

[...] mesmo porque não haveria sentido em centrar a legitimidade ativa no caso de ação direta de inconstitucionalidade por omissão nos entes elencados pelos incs. I a X do art. 103 e, ao mesmo tempo, admitir a ampla legitimidade do mandado de injunção, que pode ser impetrado por qualquer pessoa, se ambos instrumentos apresentassem idênticos efeitos.

Quando do julgamento do Mandado de Injunção nº 168-5 (RT 671/216) o Supremo Tribunal Federal assentou que o mandado de injunção nem autoriza o Poder Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado. Mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para supri-la.

Aliás, é do próprio STF o entendimento de que “o mandado de injunção é ação constitutiva; não é ação condenatória, não se presta a condenar o Congresso ao cumprimento

complementar, para regular o exercício do direito de greve dos serviços públicos. Aplicação dos métodos de integração da norma, em face da lacuna legislativa. Impossibilidade. A hipótese não é de existência de lei omissa, mas de ausência de norma reguladora específica. Mandado de injunção conhecido em parte e, nessa parte, deferido, para declarar a omissão legislativa. (Disponível em: <http://www.stf.gov.br> Acesso em: 29.07.08).

da obrigação de fazer, não cabendo cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa”.³³

Tecendo comentário a respeito do mandado de injunção, Hely Lopes Meirelles (1989, p. 141) leciona que:

A justiça determinará que o órgão competente (do Legislativo, do Executivo ou do próprio Judiciário) expeça a norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente dessa normatividade ou decidirá concretamente sobre o exercício do direito do postulante, se entender dispensável a norma regulamentadora. Contudo, não poderá a Justiça legislar pelo Congresso Nacional, mesmo porque a Constituição manteve a independência dos Poderes (art. 2º). Em vista disso, o Judiciário decidirá o mandado de injunção, ordenando à autoridade impetrada que tome as providências cabíveis, fixando-lhe um prazo, se necessário. Essa decisão não fará coisa julgada *erga omnes*, mas apenas *inter partes*.

O Supremo Tribunal Federal, no caso de Mandado de Injunção com relação à norma relativa à taxa de juros reais, entendeu que não se revela cabível a estipulação de prazo para o Congresso Nacional suprir a omissão em que ele próprio incidiu na regulamentação da norma inscrita no art. 192, § 3º, da Carta Política, eis que essa providência excepcional só se justificaria se o próprio Poder Público, para além do seu dever de editar o provimento normativo faltante, fosse, também, o sujeito passivo da relação de direito material emergente do preceito constitucional em questão.³⁴

³³ Nesse sentido o voto do Relator Min. Eros Grau no julgamento do MI 689-0 (Paraíba), em que servidores do Poder Judiciário pediam a aplicação da Lei Federal n. 7.783/89, que rege direito de greve na iniciativa privada, até que sobrevenha lei regulamentadora (j. em 7.06.2006 - DJ 18.06.2006 – Ementário nº 02243-01-LEX-STF v. 28, n. 333, 2006, p.139-143 – Disponível em <http://www.stf.gov.br>)

³⁴ Esta é a ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO – IMPETRAÇÃO DEDUZIDA POR CONFEDERAÇÃO SINDICAL – POSSIBILIDADE – NATUREZA JURÍDICA DO WRIT INJUNCIONAL – TAXA DE JUROS REAIS (CF, ART. 192, § 3º) – OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL – FIXAÇÃO DE PRAZO PARA LEGISLAR – DESCABIMENTO, NO CASO – WRIT DEFERIDO – MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO – ADMISSIBILIDADE. [...] Não se revela cabível a estipulação de prazo para o Congresso Nacional suprir a omissão em que ele próprio incidiu na regulamentação da norma inscrita no art. 192, § 3º, da Carta Política, eis que essa providência excepcional só se justificaria se o próprio Poder Público, para além do seu dever de editar o provimento normativo faltante, fosse, também, o sujeito passivo da relação de direito material emergente do preceito constitucional em questão. Precedentes. (STF – MI 472 – TP – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 02.03.2001 – p. 00003 - Júris Síntese Millennium 5017653).

Em sentido semelhante já havia decidido o Pleno do Excelso STF, no MI nº 361/RJ, sendo Relator o Ministro Néri da Silveira, em julgamento de 08.04.1994 (DJU 17.06.1994, p. 15707): MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: Admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da Constituição. II MORA LEGISLATIVA: EXIGÊNCIA E CARACTERIZAÇÃO: Critério de Razoabilidade. A mora – que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa, deve ser reconhecida, em cada caso, quando, dado

Na verdade, em muitos casos, como no caso do Mandado de Injunção nº 283, para regulamentar o § 3º, do art. 8º, do ADCT, o Supremo fixou prazo para o cumprimento do dever constitucional de editar a regulamentação, e, como o mesmo muito se escoou sem que a omissão tenha sido suprida, foi impetrado o MI nº 447, ocasião em que a excelsa Corte entendeu que não havia razão para se conceder novo prazo ao Congresso Nacional para o adimplemento desse seu dever constitucional, impondo-se, desde logo, que se assegurasse aos impetrantes a possibilidade de ajuizarem, com base no direito comum, ação de perdas e danos para se ressarcirem do prejuízo que tenham sofrido.³⁵

A terceira corrente entende que o Poder Judiciário, ao conceder o mandado de injunção torna possível, no caso concreto, a fruição do direito fundamental obstado pela ausência de norma regulamentadora, pois, segundo Luís Roberto Barroso (2002, p. 265):

[...] o tribunal não precisará suprir qualquer lacuna normativa. Limitar-se-á a considerar auto-aplicável norma que conferia um direito, mas condicionava-o ao preenchimento de requisitos que a lei ditaria. Não há, pois, maior dificuldade, nem se exige do Judiciário uma atuação de integração da ordem jurídica.

o tempo corrido da promulgação da norma constitucional, invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da Lei fundamental. Vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar. III. JUROS REAIS (CF, ART. 192, PAR. 3º): Passados quase cinco anos da Constituição e dada a inequívoca relevância da Decisão Constituinte paralisada pela falta de lei complementar necessária para sua eficácia, conforme já assentado pelo STF (ADIn 4, DJ 25.06.93, SANCHES) -, declara-se inconstitucional a persistente omissão legislativa a respeito, para que a supra o Congresso Nacional. IV. MANDADO DE INJUNÇÃO: Natureza Mandamental (MI 107-QO, Min. Moreira Alves, RTJ 133/11): DESCABIMENTO DE FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O SUPRIMENTO DA OMISSÃO CONSTITUCIONAL, quando – por não ser o Estado o sujeito passivo do direito constitucional de exercício obstado pela ausência da norma regulamentadora (MI 283, Min. Sepúlveda Pertence - RTJ 135/882)-, não seja possível cominar conseqüências a sua continuidade após o termo final da dilação assinada. (Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. - Acesso em 29.07.2008).

³⁵ Nesse sentido: MANDADO DE INJUNÇÃO – OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL NO TOCANTE A REGULAMENTAÇÃO DO § 3º DO ARTIGO 8º DO ADCT – Alcance do mandado de injunção segundo o julgamento do Mandado de Injunção nº 107 com possibilidade de aplicação de providências adicionais nele genericamente admitidas, e concretizadas no julgamento do Mandado de Injunção nº 283. O prazo fixado, no julgamento do Mandado de Injunção nº 283, para o cumprimento do dever constitucional de editar essa regulamentação de há muito se escoou sem que a omissão tenha sido suprida. Não há, pois, razão para se conceder novo prazo ao Congresso Nacional para o adimplemento desse seu dever constitucional, impondo-se, desde logo, que se assegure aos impetrantes a possibilidade de ajuizarem, com base no direito comum, ação de perdas e danos para se ressarcirem do prejuízo que tenha sofrido. (STF – MI 447 – DF – T.P. – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 01.07.1994- Júris Síntese Millennium 5007421).

Nessas condições o Tribunal cria a norma para o caso concreto, permitindo seja o impetrante investido em seus direitos, impondo-se ao impetrado o cumprimento efetivo da norma de direito fundamental. Ou seja, no mandado de injunção, cabe ao Poder Judiciário, ao analisar as lacunas inconstitucionais, criar normas jurídicas individuais válidas para o caso concreto, efetuando o preenchimento de lacunas. Assim, a decisão do tribunal preenche, mas não elimina, a lacuna do sistema jurídico, pois a eliminação da lacuna, via de regra, é tarefa do Poder Legislativo, quando da elaboração de norma jurídica geral e abstrata faltante, como diz Flávia Piovesan (2003, p. 160).

Sem dúvida, essa interpretação demonstra que a grande importância jurídica e relevância política dessa garantia constitucional, é a mais consentânea com o princípio da supremacia da Constituição, e atribui ao Poder Judiciário a tarefa de tornar efetiva, no caso concreto e individualizado, a fruição do direito fundamental obstado pela ausência de norma regulamentadora. Cabe, pois, ao Judiciário “declarar o direito, mediante o exercício de jurisdição ampliada, tal como fixado pela Constituição, no sentido de impedir a omissão de autoridade regulamentadora vulnere direitos indefinidamente”, como sustenta Michel Temer (1993, p. 199).

Nesse aspecto, o mandado de injunção alarga o âmbito da atividade jurisdicional, permitindo a interpretação criativa do magistrado, na tarefa de aplicar a norma no caso concreto, estabelecendo as condições de exeqüibilidade da norma constitucional em questão, pois, para José Afonso da Silva (1989, p. 52):

A previsão do mandado de injunção tem duas grandes conseqüências: 1) torna potencialmente eficaz e imediatamente aplicáveis normas constitucionais conferidas de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, quando dependentes de regulamentação; 2) alarga a atividade jurisdicional, porque confere ao juiz competência para, no julgamento do mandado de injunção, decidir, por equidade e assim aplicar a norma que estabelecerá como se fosse legislador. Foi, sem dúvida, uma homenagem e um voto de confiança do constituinte, à magistratura brasileira [...].

2.4 Administração pública e a efetividade dos direitos fundamentais sociais

2.4.1 A discricionariedade da administração pública e o atendimento aos direitos fundamentais sociais

Os direitos fundamentais sociais estão intimamente ligados à escolha de políticas públicas preocupadas com o bem-estar social coletivo, e, dessa forma, temos normas e atos administrativos que as compõem.

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 215), ato administrativo é "[...] a declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

Evidente, portanto, que a atuação da Administração Pública na consecução das funções que lhes são acometidas, é passível de controle pelo Poder Judiciário. Daí, a discussão entre vinculação e discricionariedade do ato da Administração.

Abordando o tema, Diógenes Gasparini (1989, p. 79) esclarece que “A vinculação ou atuação vinculada é a atuação da Administração Pública em que a lei não lhe permite qualquer margem de liberdade para decidir ou agir diante de um caso concreto”, enquanto que “discricionários são os atos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve”.

Celso Bandeira de Mello (1993, p. 09) ensina que:

Haveria atuação vinculada e, portanto, um poder vinculado, quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o *único* possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei, em termos que não

ensejam dúvida quanto ao seu *objetivo* reconhecimento. Opostamente, haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe a interferência de uma apreciação *subjetiva* sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma inteligência, cujo acerto seja irreduzível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa. Diz-se que, em tais casos, a Administração dispõe de um “poder” discricionário.

Vislumbra-se, portanto, que os atos vinculados são regrados em todos os seus elementos, enquanto os atos discricionários permitem certa liberdade ao agente público, especialmente no tocante à conveniência e oportunidade do mérito administrativo.

Tendo-se em vista que a Administração só pode cumprir a lei, pois essa é sua razão de ser, necessário atentar-se a norma disciplina a conduta do administrador estabelecendo previamente em termos objetivos quais as situações de fato que ensejam o exercício de uma dada conduta e determinando, de modo completo, qual o comportamento único perante aquela situação fática que o agente político deve ter, estaremos diante do chamado ato vinculado.

Há casos, embora excepcionais, em que a lei não menciona a situação de fato, ou ao fazê-lo, descreve com expressões imprecisas, que permitem a interpretação subjetiva do administrador, conferindo-lhe, pois, certa dose de discricionariedade na execução do ato. Diz-se que nesses casos há discricionariedade, em face de uma interpretação subjetiva do agente político no cumprimento da norma.³⁶

Todavia, é de se frisar que o administrador deve estar sempre vinculado ao princípio da legalidade, tendo-se em vista os fins sociais a que se destina a lei, especialmente no Estado Democrático de Direito, onde o tão decantado “poder” discricionário, sem dúvida, é mais que

³⁶ Celso Antonio Bandeira de Melo (1993, p. 17) diz que: “[...] nesses casos há discricionariedade, porque cabe interferência de um *juízo subjetivo do administrador* no que atina, isolada ou cumulativamente: a) à determinação ou reconhecimento – dentro de certos limites mais além referidos – da situação fática ou; b) no que concerne a não agir ou agir ou; c) no que atina à escolha da ocasião asada para fazê-lo ou; d) no que diz com a forma jurídica através da qual veiculará o ato ou; e) no que respeita à eleição da medida considerada idônea perante àquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal”.

“dever”, em face da necessária submissão da administração à lei, pois tem o administrador o dever de alcançar a finalidade legal.³⁷

Dessa forma, em casos excepcionais, quando a interpretação da lei não fornece objetivamente a solução aplicável ao caso concreto, permite-se que o agente político identifique e concretize as opções políticas do sistema de direito positivo, através da apreciação da conveniência e oportunidade da medida administrativa para cumprimento da norma. Por isso, Maria Sylvia Zanela Di Pietro (1989, p. 166) afirma: “Se, para delimitação do conceito, houver necessidade de apreciação subjetiva, segundo conceitos de valor, haverá discricionariedade”.

É preciso atentar que em face dos princípios que norteiam a legislação – cujos fins sociais devem ser observados pelo agente político -, o conceito de “poder” discricionário, mais se aproxima realmente do “dever” (que “poder”) de cumprir a norma, devendo ser bem examinados os chamados critérios de oportunidade e conveniência do ato administrativo em face de situações concretas.

Nesse sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 32-33):

Deveras, não teria sentido que a lei, podendo fixar uma solução por ela reputada ótima para atender o interesse público, e uma solução apenas sofrível ou relativamente ruim, fosse indiferente perante estas alternativas. É de presumir que, não sendo a lei um ato meramente aleatório, só se pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, que a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição, a finalidade que a animou. Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fiveleta para o atendimento do interesse público. Tanto faz que se trata de vinculação, quanto de discricção. O comando da norma sempre supõe isto. Se o comando da norma sempre supõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, *nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os*

³⁷ Nesse sentido ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 14-15): "Na Ciência do Direito Administrativo, erradamente e até de modo paradoxal, quer-se articular os institutos do direito administrativo - inobstante ramo do direito público - em torno da idéia de poder, quando o correto seria articulá-los em torno da idéia de dever, de finalidade a ser cumprida. Em face da finalidade, alguém - a Administração Pública - está posta numa situação que os italianos chamam de “doverosità”, isto é, sujeição a esse dever de atingir a finalidade. Como não há outro meio para se atingir esta finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder *instrumental*, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como *mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever*. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer agente público, como um ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico”.

comportados pela regra, mas única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei". Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer agente público, como um ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico.

Segundo Juarez Freitas (2007, p. 08), toda discricionariedade exercida legitimamente, encontra-se sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais, acima das regras concretizadoras, pois "quando o administrador público age de modo inteiramente livre, já deixou de sê-lo. Tornou-se arbitrário. Quer dizer, a liberdade apenas se legitima ao fazer aquilo que os princípios constitucionais, entrelaçadamente, determinam".

Ainda que a norma descreva de modo impreciso a situação fática, ou que o comando da norma permita a interpretação subjetiva do administrador, deve-se atentar para sua finalidade, pois os fins devem nortear a conduta do agente político. Dessa forma, evidente a vinculação da Administração Pública aos preceitos constitucionais que estampam os chamados direitos fundamentais sociais, cuja realização impostergável deve ser imediatamente atendida em face do princípio da dignidade da pessoa humana.

Se a Constituição Federal reconhece o direito subjetivo público do titular do direito ao mínimo existencial de receber as prestações sociais indispensáveis à sobrevivência, podemos afirmar que, em se tratando de direito fundamental social, não se pode falar em poder discricionário da Administração Pública.

Com efeito, tendo-se em vista o direito subjetivo das pessoas necessitadas de receberem o mínimo necessário à existência digna e o dever da Administração Pública de cumprir a norma a ela endereçada, fica evidente que, em vez de poder discricionário de escolher, mediante os critérios de conveniência e oportunidade, a implementação ou não de políticas públicas, a Constituição Federal impõe-lhe o dever de agir, implementando as prestações necessárias para a garantia do mínimo necessário aos desafortunados.

Isso não significa a supressão da discricionariedade, mas evidencia a vinculação da Administração Pública ao cumprimento dos preceitos constitucionais no que se refere aos direitos fundamentais sociais. O agente político não tem liberdade de escolher se implementa ou não políticas públicas necessárias à garantia desses direitos, pois está juridicamente obrigado a fazê-lo. A discricionariedade reside na possibilidade de escolha dos meios e instrumentos para alcançar os fins determinados pela Carta Magna.³⁸

Saliente-se, ainda, que dentre as várias alternativas de políticas públicas a Administração deverá escolher aquela que melhor se adeque à situação concreta, não esquecendo de que continua vinculada aos princípios que devem nortear a função administrativa. Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso (2002, p. 769) afirma que os atos dos poderes públicos, para terem validade, devem estar em consonância “com os valores maiores da moralidade, eficiência, economicidade, razoabilidade, proporcionalidade, não bastando mais, simplesmente, a mera coincidência entre o ato ou a conduta e a norma de regência”. Tais são os princípios, dentre outros, que devem nortear a atividade administrativa, autorizando o controle jurisdicional da Administração Pública.

A Administração Pública tem o poder-dever de implementar políticas públicas, submetendo-se à Constituição e aos princípios fundamentais, pois, como ensina Ingo Sarlet (2003, p. 365-366):

[...] os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas e atividades [...]. O que importa, neste contexto, é frisar a necessidade de os órgãos públicos observarem em suas decisões os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais, o que assume especial relevo na esfera da aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária.

³⁸ Ana Paula de Barcellos (2002, p. 168) esclarece que: “[...] não cabe à administração decidir se deverá ou não agir: ela está juridicamente obrigada a fazê-lo; a discricionariedade poderá residir, em determinados momentos, apenas nos meios empregados para atingir os fins em questão [...]”.

2.4.2 A previsão orçamentária e a escassez de recursos públicos

A tarefa do Estado Democrático de Direito é criar condições materiais para a realização dos direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), de modo a construir-se uma sociedade mais justa, solidária e fraterna, cumprindo o disposto no art. 3º da Carta Magna, que há quase duas décadas é norma não realizada em face da gritante desigualdade social brasileira, ante a ineficiência (e mesmo, ausência) das políticas públicas sociais.

É certo que os altos custos da implementação de políticas sociais, aliados à alegada crise econômico-financeira do Estado, mesclada com a burocracia e corrupção, tornam inoperante o chamado Estado Social de Direito, e, com isso não se realiza, satisfatoriamente, sequer, a implementação do “mínimo necessário” à existência digna do cidadão.

Cabe alertar, nesse aspecto, que a Suprema Corte já proclamou que o caráter programático das regras inscritas na Constituição

[...] não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituí, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (RTJ 175/1212-1213)

Nesse contexto é de se conferir significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível”, notadamente na efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos econômicos, sociais e culturais, cujo adimplemento pelo Poder Público, impõe e exige deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização desses direitos fundamentais depende, em grande medida, de um vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não

se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata satisfação do comando constitucional.

Nesse sentido, já assentou o Ministro Celso de Mello que:

[...] não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítima, arbitrário e censurável propósito de fraudar, frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula *reserva do possível* – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.³⁹

Ana Paula de Barcellos (2002, p. 245-246), ao analisar o problema dos recursos públicos e a necessidade de concretização dos direitos sociais, lembra que:

[...] a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los, sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

Na discussão dos condicionamentos impostos pela cláusula da “reserva do possível” ao processo de concretização dos direitos sociais – de implantação sempre onerosa -, o Ministro Celso de Mello ressalta:

[...] traduzem-se no binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer

³⁹ Conforme se extrai do Acórdão no julgamento da ADPF 45/DF – Rel. Min. Celso de Mello – j. 29.04.2004 – DJ 04/05/2004-P-00012 – Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. (Acesso em 27.02.08)

desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal da prática de tais direitos⁴⁰.

Levando-se em conta a necessidade de disponibilidade financeira deve o poder estatal efetuar minucioso planejamento de forma a solucionar o problema orçamentário, pois, como se sabe, a atividade administrativa se desenvolve através de detalhado planejamento, fundamentado em lei, estabelecendo-se os objetivos da política pública bem como os instrumentos para sua implementação.

A eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais depende dos recursos públicos colocados à disposição. Dessa forma, para que o sistema público funcione eficazmente há delegação constitucional para o legislador inicialmente densificar o conteúdo desses direitos. Em seguida, via de lei, o Poder Legislativo deve inserir no orçamento público a previsão de receita para implementação das políticas públicas sociais; e, finalmente, a Administração Pública deve executar a lei densificadora dos direitos sociais a prestações por meio de atos administrativos, de modo a cumprir o preceito constitucional. Para tanto, a Administração Pública tem certa discricionariedade de escolha dentre as políticas públicas aquelas que, com maior economicidade e eficácia, atendam às necessidades individuais e coletivas, como forma de atingir a finalidade da lei. Realizada a escolha, a concretização das políticas públicas, através da implementação dos serviços públicos, se fará com a utilização dos recursos previstos no orçamento aprovado.

Vale lembrar que as políticas públicas nascem no Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO, Lei Orçamentária - conforme prevê o art. 165 da Constituição Federal. No art. 165 da Constituição estão as orientações para a elaboração das políticas públicas, definindo-se o dever de iniciativa do poder Executivo das leis do plano plurianual (inciso I), diretrizes orçamentárias (inciso II) e os orçamentos anuais (inciso III). Nos parágrafos, os

⁴⁰ Esse o entendimento do Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF 45/DF, em 29.04.2004 (DJ 04/05/2004) – Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaDetalhe.asp.27.02.08>.

conteúdos desses instrumentos: o plano plurianual deve estabelecer de forma regionalizada diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as chamadas despesas de capital e outras destinadas a custear programas de duração continuada (parágrafo 1º.); a lei de diretrizes orçamentárias prevê metas e prioridades da Administração, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro seguinte, orientações para elaborar a lei orçamentária anual, além de alterações na legislação tributária e forma de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (parágrafo 2º.). Já a lei orçamentária anual deve conter três tipos de orçamentos: o orçamento fiscal relacionado aos outros poderes, fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações (parágrafo 5º, inciso I); o orçamento de investimento das empresas que tenham participação direta ou indireta da União (inciso II); e o orçamento da seguridade social (inciso III).

Os mesmos instrumentos são utilizados, com suas adequações, nos níveis de governo dos Estados, Municípios e Distrito Federal, devendo obedecer às prescrições da Lei nº 4.320/64, que contém normas gerais de Direito Financeiro, orçamentos e balanços. A Constituição Federal, no art. 167, II, proíbe ao administrador a contratação de despesas ou assunção de obrigações diretas que superem os valores previstos para os créditos orçamentários ou adicionais. No parágrafo 1º está a vedação para investimentos cuja execução ultrapasse um exercício financeiro sem que tenha sido incluído no plano plurianual, ou sem lei que autorize a sua inclusão.

É certo que a proteção do mínimo existencial não sofre a aplicação da doutrina da “reserva do possível”, já que sua fruição não depende de políticas públicas nem do orçamento, como acontece com os direitos sociais que, por demandarem custos para o erário público, estão sob a reserva orçamentária.

Se não prevalece o princípio da reserva legal sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, nem por isso se pode fazer a ilação de que não deve ser observado o princípio da reserva do orçamento, já que:

[...] a superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam a lei de meios. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura de créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis. (Torres, 2008, p. 83)

Ante essas observações fica claro que sem os planos e orçamento, nenhuma política pública será implementada, e, não havendo previsão orçamentária para que a Administração assumas as despesas com a implementação de determinada política pública, o administrador deixa de concretizar o direito fundamental social a prestações materiais.

2.4.3 A questão da reserva do possível

Ao tecer comentários sobre os desafios atuais de natureza orçamentária, Ricardo Lobo Torres (2008, p. 80) enfatiza a necessidade de se fazer a devida distinção entre o mínimo existencial (direitos fundamentais sociais) e os direitos sociais, apontando-se o exato limite dentro do qual é obrigatório prever e implementar a entrega das prestações públicas.

Enquanto as normas constitucionais que garantem o mínimo existencial são auto-aplicáveis, os direitos econômicos e sociais, normas meramente programáticas, dependem da concessão do legislador, que pode ser a lei orçamentária, vez que tais direitos implicam sempre em despesas para os entes públicos. Por isso, tais direitos existem sob a “reserva do possível”, ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração. Em face disso, Ricardo

Lobo Torres (2008, p. 81) afirma que⁴¹ “a pretensão do cidadão é à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos”.

De acordo com a chamada “reserva do possível”, cuja origem se deu na Alemanha no início da década de 70, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva da capacidade financeira do Estado, pois seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelo erário público. Ela traduz a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

A partir disso, Ingo W. Sarlet e Mariana Filtchiner Figueiredo (2008, p. 30) entendem que:

[...] há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo mesmo uma dimensão tríplice, que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais,

⁴¹ Segundo Ricardo Lobo Torres apud Ingo Wolfgang e Luciano Benetto Timm (2008, p. 81), a “reserva do possível” é tradução da expressão *Vorbehalt des Möglichen*, cunhada pelo Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE 33:303-333): “Os direitos a prestações (*Teilhaberecht*) [...] não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão. Em primeira linha compete ao legislador julgar, pela sua própria responsabilidade, sobre a importância das diversas pretensões da comunidade, para incluí-las no orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral. Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada, alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a idéia do Estado Social [...] Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade”.

possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

Evidente que, em face da conjuntura sócio-econômica global e das deficiências das políticas públicas que visem atender à população, bem como das reservas orçamentárias e planos econômicos e financeiros, a efetivação dos direitos fundamentais sociais esbarra na “reserva do possível”, embora todos entendam que há necessidade de se aumentarem os recursos públicos, a fim de minimizar os impactos dessa restrição.

Nesse sentido, Ingo W. Sarlet e Mariana Filtchiner Figueiredo (2008, p. 23) salientam que:

[...] se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos. Por outro lado, para além do fato de que o critério do mínimo existencial – como parâmetro do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações – por si só já contribuiu para a “produtividade” da reserva do possível, há que explorar outras possibilidades disponíveis na nossa ordem jurídica e que, somadas e bem utilizadas, certamente haverão de reduzir de modo expressivo, se não até mesmo neutralizar, o seu impacto, inclusive no que diz com prestações que transcendem a garantia do mínimo existencial.

A efetividade dos direitos sociais está condicionada à adequada previsão orçamentária, pois é grande a discussão nos Tribunais em face da “reserva do possível” pelo administrador público que deixa de cumprir administrativamente sua obrigação, e obriga o Poder Judiciário a analisar em cada caso concreto o reconhecimento ou não da alegada tese.

É sabido que as necessidades humanas são infinitas e os recursos públicos, finitos, dependem da arrecadação que o Poder Público aufere dos impostos aplicados na população.

Assim, a questão da previsão orçamentária e da alegada “reserva do possível” deve ser analisada no caso concreto, pois como se observa na prática, são posturas que visam minar a Constituição, sob alegação de que os direitos fundamentais sociais decorrem de normas programáticas que não têm exequibilidade imediata.

Tais argumentos a escudarem a omissão inconstitucional do administrador público nada mais são do que interpretação equivocada dos preceitos constitucionais, pois toda norma constitucional que traz implícito o princípio da dignidade da pessoa humana tem exequibilidade imediata, por estar ligada ao maior bem constitucionalmente assegurado, que é a vida.

Em face disso, no que tange à satisfação do “mínimo existencial” não cabe o reconhecimento dessas teses, sob pena de se reconhecer como letra morta a disposição constitucional que garante os direitos fundamentais sociais ao cidadão. Assim, o procedimento de ponderação da teoria dos princípios é o meio de resolver o conflito entre a teoria da reserva do possível e o dever de o Estado assegurar o núcleo essencial dos direitos sociais.

O descumprimento pelo poder público em não concretizar os direitos sociais obriga a justa intervenção do Poder Judiciário, sem que isso signifique invasão de esfera de competência, pois, como guardião da Constituição, deve fazer com que se cumpram as normas constitucionais, que não são meras recomendações políticas, mas comandos imperativos que se impõem no ápice e no centro do ordenamento jurídico.

Assim, como sustenta Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 67), “[...] a aplicabilidade imediata, somada a uma interpretação constitucional de princípios, permite que exista uma verdadeira força vinculante da Constituição e não apenas de normas constitucionais que são consideradas convenientes pelos detentores do poder”.

CAPÍTULO III. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A GARANTIA JUDICIÁRIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

3.1 O acesso à justiça pelo cidadão

A Constituição Federal, ápice da hierarquia das fontes do Direito, como norma fundamental do ordenamento jurídico, contém os fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária, traçando as diretrizes para o legislador, estruturando os poderes do Estado, e, assegurando os direitos indisponíveis e fundamentais, traz inúmeros institutos de direito processual, que visam à realização dos direitos individuais e coletivos nela garantidos.

A realização das garantias constitucionais é fator de interação da sociedade e Constituição. Aliás:

[...] com freqüência, será preciso que as autoridades judiciais se pronunciem – em última instância, ou reiteradamente pelas instâncias inferiores – sobre o significado e a aplicação de cada um dos dispositivos da Constituição; o que vale dizer, dela mesma na sua integralidade, já que no todo, tais dispositivos formam um conjunto homogêneo de princípios. (SILVA, 2001, p. 13)

Por intermédio da jurisdição, uma das formas de atuação do Estado, tem-se a atuação do Direito pelo Poder Judiciário. Com isso, o acesso do cidadão à justiça é a garantia constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. É a busca de justiça.

J. M. Othon Sidou (1997, p. 133) enuncia como jurisdição o poder-dever que o Estado exerce como uma de suas específicas prerrogativas, em substituição aos indivíduos e em preservação do bem público, para conhecer dos litígios entre eles e solucioná-los em definitivo; para fazer cumprir o que, por força da lei, já estiver por esse modo solucionado; e acessoriamente, para acautelar os processos em curso, a fim de assegurar seu objetivo.

Teríamos aí a jurisdição exercida em seus três principais procedimentos: contencioso, executivo e cautelar.

O Estado exerce seu poder, sempre com vista a determinados objetivos aglutinados em torno de uma função. Em face disso, Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 115-116) diz que:

[...] a jurisdição é a *atividade* pública e exclusiva com a qual o Estado substitui a atividade das pessoas interessadas e propicia a pacificação de pessoas ou grupos em conflito, mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos. Ele o faz revelando essa vontade concreta mediante uma declaração (processo de conhecimento), ou promovendo com meios práticos os resultados por ela apontados (exceção forçada). A jurisdição é, pois, a manifestação do poder estatal.

A ordem jurídico-constitucional assegura a todos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior, englobando a prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível, de modo que, como princípio da legalidade, o controle judiciário ou do acesso aos tribunais, é intrínseco ao Estado de Direito.

Nesse sentido, José Alfredo da Silva Baracho (1995, p. 35) salienta que o direito à tutela jurisdicional é o direito que toda pessoa tem de exigir justiça, sendo que a pretensão deve ser atendida por um órgão judicial, através do processo onde são reconhecidas as garantias mínimas. Assim:

O *acesso dos cidadãos* aos tribunais de justiça, à procura de uma resposta jurídica fundamentada a uma pretensão ou interesse determinado, realiza-se pela interposição perante órgãos jurisdicionais, cuja missão exclusiva é conhecer e decidir as pretensões, que são submetidas ao conhecimento do órgão judicante, tendo em vista os direitos fundamentais da pessoa.

O direito de acesso aos tribunais deve ser visto como uma proteção jurisdicional adequada, ou seja, que as normas constitucionais devem assegurar também a eficácia da proteção jurisdicional, e por isso, como ensina Canotilho (1996, p. 465-466):

[...] implica o **direito ao processo** entendendo-se que este postula um direito a uma *decisão final* incidente sobre o *fundo da causa* sempre que hajam cumprido e observado os requisitos processuais da ação ou recurso. Por

outras palavras: no direito de acesso aos tribunais inclui-se o **direito de obter uma decisão fundada no direito**, embora dependente da observância de certos requisitos ou pressupostos processuais legalmente consagrados. Por isso, a efetivação de um direito ao processo *não* equivale necessariamente a uma decisão favorável; basta uma *decisão fundada no direito* quer seja favorável quer desfavorável às pretensões deduzidas em juízo.

Esse direito à tutela jurisdicional não pode ficar comprometido em virtude da exigência legal de pressupostos processuais desnecessários, não adequados e desproporcionados. Compreende-se que o direito ao processo implique: a proibição de requisitos processuais desnecessários ou desviados de um sentido conforme ao direito fundamental de acesso aos tribunais, a exigência de fixação legal prévia dos requisitos e pressupostos processuais de recursos e ações, e a possibilidade de sanar irregularidades processuais como exigência do direito à tutela jurisdicional.

A proteção jurídica pelos tribunais implica a garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada. Nesse sentido, ela engloba a exigência de uma apreciação pelo juiz, a matéria de fato e de direito (objeto do litígio ou da pretensão do particular, e a respectiva resposta plasmada numa decisão judicial vinculativa aos litigantes).

O princípio da inafastabilidade da jurisdição só se concretiza quando há a mesma oportunidade para todas as pessoas, indistintamente, sem que se leve em conta sua situação econômica, pois “considerado o *direito à igualdade* como um dos *fundamentais*, na expressão constitucional, a *garantia da tutela jurisdicional* somente pode ser, como tal, concretizada se estiver, efetiva e materialmente ao alcance de todos, sem qualquer exceção” e, “por via de consequência, impõe-se a *gratuidade do processo* aos menos favorecidos economicamente, mediante a *garantia da assistência judiciária*”, como salientam Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci (1989, p. 19).

Quando se trata de qualquer direito lesado ou ameaçado, a Constituição garante aos necessitados a assistência técnico-jurídica de advogados ou defensores públicos, para que

obtenham, provocando o Poder Judiciário, o bem da vida que, administrativamente não lograram êxito em obter.

Tratando-se de direitos fundamentais, seja no tocante à saúde, educação, direitos considerados indisponíveis, seja individual ou coletivamente, quando não obtido administrativamente do poder público o bem necessitado, o acesso ao Poder Judiciário, pode se realizar pela atuação do Ministério Público.

3.2 O Ministério Público e sua função constitucional

Nunca se discutiu tanto a respeito de uma instituição pública, como após ter a atual Constituição Federal transformado um órgão do Estado em “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”, cabendo-lhe a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127, *caput*).

De origem remota, procurando alguns vê-la há mais de quatro mil anos, no *magiaí*, funcionário real no Egito, segundo Hugo Nigro Mazzilli (1993, p. 02-03) “o mais usual, porém, é indicar a origem do Ministério Público na Ordenança de 25 de março de 1302, de Felipe IV, o Belo, rei da França, que impôs aos seus procuradores, antes de tudo, prestassem o mesmo juramento dos juízes, vedando-lhes patrocinares outros que não o rei”.

No Brasil-colônia até após a Independência o desenvolvimento da instituição Ministério Público esteve ligado ao direito português, sendo que em 1609, criou-se a Relação da Bahia, junto à qual o procurador da Coroa da Fazenda era o promotor de justiça. O desenvolvimento constitucional inicia-se com a Constituição de 1824, que atribuía ao procurador da Coroa a acusação no juízo de crimes comuns, e o Código de Processo Criminal do Império (1832) reservava uma seção aos promotores (art. 36 a 38). A partir da reforma de 1841, a qualidade de “bacharel idôneo” passou a ser requisito da nomeação dos promotores, e

a Lei nº 261, de 3.12.1841, estabelecia que os promotores seriam nomeados por tempo indefinido pelo imperador, no município da Corte, e pelos presidentes, nas províncias, como esclarece Mazzilli (1993, p. 05):

A primeira Constituição da República (1891) ainda não aludiu ao Ministério Público enquanto instituição: só fez referência à escolha do procurador-geral e à sua iniciativa na revisão criminal *pro reo*. Entretanto, diante do descortínio de Campos Salles, Ministro da Justiça no Governo Provisório, o Ministério Público passou a ser tratado como instituição nos Decretos ns. 848 e 1.030, de 1890.

Ressalvado o retrocesso operado na Carta ditatorial de 1937, podemos notar durante o período republicano um nítido desenvolvimento institucional do Ministério Público, sempre acompanhado de novos campos de atuação a ele conferidos pela legislação ordinária. No Código de Processo Penal de 1941, o Ministério Público conquistou o poder de requisição de inquérito policial e diligências, passando a ser regra sua titularidade na promoção da ação penal, enquanto também se lhe atribuía a tarefa de promover e fiscalizar a execução da lei. Nos Códigos de Processo Civil (1939 e 1973), o Ministério Público conquistou crescente papel de órgão agente e interveniente.

Três momentos marcaram extraordinário crescimento institucional: *a*) a Lei Complementar federal n. 40/81 – a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (prevista pela EC n. 7/77) – definiu um estatuto básico e uniforme para o Ministério Público Nacional, com suas principais atribuições, garantias e vedações; *b*) a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 – chamada Lei da Ação Civil Pública – conferiu-lhe iniciativa na promoção de ações para a proteção de interesses difusos e coletivos; *c*) a Constituição de 1988 deu ao Ministério Público brasileiro seu maior crescimento.

A legislação subsequente desenvolveu a atuação do Ministério Público nas diversas áreas: da pessoa portadora de deficiência (Lei nº 7.853/89), dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.931/89), da criança e do adolescente (Lei nº 8.069/90), do consumidor e de outros interesses difusos e coletivos (Lei nº 8.078/90), do patrimônio público (Leis 8.492/92 e 8.625/93), da ordem econômica e da livre concorrência (Lei nº 8.884/94).

A atual Lei Orgânica Nacional do Ministério Público é a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e, com o advento dessa lei, os Estados vieram a editar suas novas leis complementares para definirem a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público. No Estado de São Paulo foi sancionada em 26 de novembro de 1993 a Lei Complementar nº 734, atual Lei Orgânica Estadual do Ministério Público.

Em face do objeto deste trabalho analisemos a função constitucional Ministério Público.

3.2.1 O Ministério Público e a defesa dos princípios constitucionais

O Ministério Público sempre teve, desde sua criação constitucional, o dever de zelar pelo cumprimento das leis, descrevendo-o a Constituição Federal de 1988, como instituição permanente, essencial ao cumprimento da prestação jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A primeira alteração constitucional foi definir a função do Ministério Público como sendo essencial à função jurisdicional do Estado, a ele competindo essencialmente a defesa da ordem jurídica. Significa que sua atividade é função indispensável à realização da prestação jurisdicional, cabendo-lhe, por conseguinte, velar pela esmerada aplicação da lei, pois, dizendo que o Ministério Público “é instituição *essencial* à função jurisdicional, o legislador constituinte pretendeu ressaltar que, ausente este órgão, a Justiça não se faz de modo completo”, como entende Cretella Júnior (1993, p. 3295).

Ao apontar que ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, valorizou a Constituição a verdadeira função dos membros da instituição, qual seja a de agir, de *promover* todas as medidas – judiciais e extrajudiciais – que se forem necessárias à manutenção da ordem jurídica. Por isso é que o agente político se chama “*Promotor*”, isto é, aquele que promove, que age, procurando a distribuição da justiça, em face do interesse público, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Indiscutível, portanto, que diante do atual preceito constitucional, o Ministério Público é essencial à prestação jurisdicional quando se trate de feitos em que a litigiosidade

diz respeito a interesses sociais e individuais indisponíveis, ou onde, a critério da instituição, o interesse público exigir sua intervenção. Todavia, não se pode levar ao extremo esse entendimento, sob pena de se cogitar de sua intervenção em todos os processos judiciais, sob pena de nulidade dos feitos em que se note sua ausência.

A Constituição Federal atribuiu-lhe a defesa do regime democrático. Nesse, o povo, de acordo com o seu entender livre, toma decisões concretas em matéria política ou, ao menos, decide quais devem ser as linhas diretivas a nortearem a ação de seus representantes no governo.

O regime democrático pressupõe que a vontade do povo deve prevalecer sobre a vontade de seus governantes (ou representantes), sob pena de não se ter um verdadeiro regime democrático. Regime esse, que muitas vezes já começa viciado, seja pela escolha de seus representantes pelo povo, através de um processo eletivo deficiente, facilmente manipulável pelo poder econômico ou pelos interesses dos grupos ou corporações, seja pela própria deficiência (intelectual, econômica e social) dos eleitores, suplantando-se o interesse social e prevalecendo outros interesses que nem sempre atendem à maioria da população.

Por isso, a defesa do “regime democrático”, no ensinamento de Hugo Nigro Mazzilli, (1998, p. 74) deve fazer-se em dois níveis: a) controle de constitucionalidade das leis que violem princípio constitucional, a ser feito sob forma *concentrada* (por meio de propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, de representações interventivas e de algumas ações civis públicas para defesa de interesses difusos); b) controle de constitucionalidade das leis que violem princípio constitucional, a ser feito sob forma *difusa*, caso a caso, impugnando-se as medidas e atos concretos que violem uma norma constitucional (especialmente por meio da ação penal, do inquérito civil e da ação civil pública para defesa de interesses individuais homogêneos e coletivos, além de outros mecanismos de fiscalização e controle afetos à instituição).

Começaria, portanto, a defesa do regime democrático com a intervenção eficiente do Ministério Público no processo eletivo, pois para tornar concreto o mandamento constitucional de que o Ministério Público está a serviço da defesa do regime democrático, mister é que tome ele, v.g., a iniciativa de propor mandado de injunção, quando 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, como por exemplo, a falta de representação e participação popular nas decisões políticas, quer pelo plebiscito, quer pelo referendo, quer pela iniciativa do processo legislativo (arts. 14 e 61, § 2º). Mister que intervenha na fiscalização de todo o processo eleitoral, bem como nas hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos, e no zelo do livre funcionamento dos partidos políticos, o que hoje, sem dúvida, é impossível de se realizar em face da própria estrutura da Instituição, devendo ter os meios e instrumentos necessários para fielmente cumprir sua missão institucional.⁴²

Para a preservação da ordem jurídica, se faz necessária uma interpretação teleológica do conceito de Ministério Público, onde sobressai a idéia de que a função político-institucional deve ser a defesa da *ordem jurídica justa*, isto é, a possibilidade de que todos tenham acesso à Justiça, cabendo-lhe a função de velar pelos interesses difusos e sociais.

⁴² Ainda é o consagrado Hugo Nigro Mazzilli (1998, p. 79), que alerta que para desempenhar eficientemente sua missão posta na Constituição, “o Ministério Público tem os seguintes *meios ou instrumentos*: a) a ação penal, para responsabilizar aqueles que, ao violarem as regras democráticas, também cometam ações penalmente típicas⁴²; b) a ação de inconstitucionalidade e a representação interventiva, para assegurar a prevalência dos princípios democráticos; c) o inquérito civil e a correspondente ação civil pública, especialmente para cobrar o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, *promovendo as medidas necessárias para a sua garantia*; d) o controle externo da atividade policial, para assegurar não só o cumprimento dos seus deveres pelo zelo da ordem jurídica, como ainda e principalmente para evitar abusos contra as liberdades individuais e sociais e, sobretudo, para evitar que o Ministério Público só trabalhe nos casos que a polícia queira; d) a visita aos presos, que hoje se amontoam em cadeias e presídios em condições sub-humanas, para as quais fecham os olhos a sociedade e o Estado; e) o zelo pelos direitos constitucionais do cidadão, podendo ouvir representantes da sociedade civil e promover audiências públicas; f) a defesa das minorias (como vítimas de preconceitos, as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, os índios, as crianças e adolescentes); g) o combate à inércia governamental em questões como mortalidade infantil, falta de ensino básico, falta de atendimento de saúde, defesa do meio ambiente e do consumidor, entre outras prioridades”.

Na verdade, o conceito de ordem jurídica justa deve estar ligado à possibilidade de transformação da sociedade, que deixa de ser individualista para se transformar numa sociedade onde não existam grupos privilegiados, mas que haja uma comunhão de idéias.

A defesa da ordem jurídica pressupõe a exigência do cumprimento dos dispositivos constitucionais, que traçam o perfil de uma sociedade justa, eqüitativa e fraterna, onde todos os cidadãos têm os mesmos direitos e deveres. E isso deve ser respeitado, pois todos devem ser iguais perante a Lei. Todavia, a letra fria da lei só surge quando violado (ou atingido) o seu preceito, e determinada sua aplicação. Nessa hora intervém o Ministério Público, em face de sua função primordial, a defesa da ordem jurídica que, no regime democrático é a efetiva aplicação dos preceitos constitucionais de realização da proclamada “sociedade justa”.

A lei humana, que nada mais é do que a aplicação do princípio de que a lei é feita para o povo (“pelo povo”, já que o legislador é eleito pelo povo), deve buscar a “paz social”. Pressupõe-se que o Ministério Público deva estar atento à inconstitucionalidade das leis que não atentem a esse objetivo, pois leis que não sejam elaboradas em benefício de “todos”, pecam pelo vício no nascedouro e atentam contra o “regime democrático” (governo do povo, pelo povo e para o povo), e contra a ordem jurídica. Por isso, obrigatória é a intervenção do Ministério Público, instituição, que por dispositivo constitucional, pode (e deve) fazer cumprir o processo democrático em desenvolvimento no País.

Esse processo democrático, em face da chamada globalização da cidadania e da universalização dos direitos humanos, deve permitir a participação das massas no desenvolvimento político e sócio-econômico do país, buscando a garantia de que todas as pessoas tenham as mesmas oportunidades. Para isso, o primeiro passo é a eliminação das desigualdades sociais, com a eqüitativa distribuição da riqueza produzida, significando, com isso, a possibilidade de os excluídos participarem do processo econômico. Em se realizando esse objetivo, com a ampliação da participação popular no processo sócio-econômico, bem

como na participação política do país, haverá possibilidade de acesso de todos à educação, à saúde e ao trabalho. Haverá, então, a verdadeira democracia, onde a sociedade será justa, eqüitativa e fraterna.

A defesa do regime democrático e da ordem jurídica deve ter como objetivo a construção dessa sociedade democrática, nos termos da Constituição, que propõe a erradicação da pobreza e a igualdade material, devendo permitir a todos os cidadãos a participação na vida política.

Para isso, necessária a implementação de políticas públicas que garantam o mínimo necessário à existência com dignidade.

Nesse contexto, segundo Antonio Augusto Melo de Camargo Ferraz e João Lopes Guimarães Junior (1997, p. 21), é que deve atuar o Ministério Público como guardião do regime democrático, que pressupõe a realização concreta dos objetivos do regime, qual seja, a implementação de políticas públicas que realizem os direitos sociais fundamentais positivados, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. E para o cumprimento desse papel institucional, o Ministério Público atuará em oposição a agentes do próprio Estado, pois no sistema de freios e contrapesos institucionais concebido pelo constituinte foram conferidas ao Ministério Público funções institucionais que o colocam neste momento no papel de verdadeiro *ombudsman*.

3.2.2 O Ministério Público e a defesa dos interesses sociais

Com o advento da ação civil pública, o Ministério Público encontrou o instrumento eficaz para agir como defensor da sociedade e das minorias (cujos interesses indisponíveis são violados), procurando dessa forma cumprir seu papel na defesa do patrimônio público, do meio ambiente, dos consumidores, dos direitos indisponíveis dos cidadãos etc. Todavia, a

gama de atribuições sem a estrutura técnico-instrumental necessária pode sufocar os membros da Instituição, em face da intrincada complexidade dos problemas surgidos. Não bastasse isso, não se encontra excluída a intervenção ministerial em todos os feitos judiciais e extrajudiciais em que há interesse na sua atuação, por força dos dispositivos constitucionais e da legislação processual civil (v.g., CPC, art. 82).

A Carta Magna de 1988, insculpindo um novo perfil institucional ao Ministério Público, definindo-o como agente político na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, numa orientação inequívoca de sua atuação deixa de ser predominantemente *custos legis* para ser órgão agente, trouxe-lhe inúmeras inquietações, na última década.

O novo perfil constitucional não exclui, necessariamente, a atuação do promotor de justiça como órgão interveniente. Nesse sentido, esclarece Ronaldo Porto Macedo Júnior (1997, p. 53):

[...] é evidente, por exemplo, a relevância da intervenção do promotor de justiça nas ações civis públicas propostas por entidades de proteção de interesses difusos e coletivos (exemplo: meio ambiente) como órgão interveniente. Neste caso, o Ministério Público age como fiscal dos interesses sociais e garante a existência do efetivo equilíbrio processual ente as partes. Importa frisar que o ajuste institucional do Ministério Público, visando adaptá-lo ao novo perfil constitucional não implica, necessariamente, a eliminação da atuação processual como *custos legis*; imposta, isto sim, na mudança de forma de atuação e eleição de prioridades institucionais.

Comentando a legitimidade do Ministério Público para agir na defesa do interesse social, Carlos Alberto Sales (1997, p. 253) sustenta que:

[...] é preciso entender que o universo de atuação do Ministério Público, em defesa dos interesses sociais, é maior que aquele colocado sob exame do órgão jurisdicional em um caso singular. O atendimento das finalidades institucionais, portanto, não pode ser examinado nos estreitos limites do caso concreto, pois este não traz à consideração judicial a totalidade dos problemas implicados. A atuação ministerial não está limitada aos contornos de determinada ação judicial, implicando um conjunto de circunstâncias maior, que envolve fatores dispersos na realidade social. Com isso, o interesse social, a que a atuação ministerial deve estar voltada, por força do dispositivo constitucional, não pode ser verificado no contexto de cada ação singularmente considerada. A atenção ao interesse social só pode ser

examinada em um contexto mais amplo, que escapa ao âmbito da apreciação judicial do caso concreto.

Continua o ilustre membro do Ministério Público (1997, p. 254):

Dessa maneira, evidencia-se que o *interesse social* não pode ser utilizado como instrumento para limitar a legitimidade processual do Ministério Público no contexto de determinada ação, posto que envolve situações fáticas estranhas aos limites da lide. Não se quer afirmar com isso que o órgão ministerial não deva levá-lo em consideração para dar início a uma ação. Pretende-se, isto sim, que a verificação da existência do interesse social seja de atribuição ministerial, de forma que possa ser considerada a totalidade das circunstâncias implicadas, permitindo ao Ministério Público adotar o conjunto de medidas que mais eficientemente defende os interesses colocados sob sua proteção, levando em conta razões de ordem estratégica e de equidade na prossecução de suas funções.

Isso não significa que o critério de intervenção ou de iniciativa de ações ou medidas extrajudiciais postas à disposição estão na dependência de sua livre discricionariedade, já que a legitimação do Ministério Público decorre da autorização legal, e em face dela é que a Instituição deve aquilatar a conveniência e oportunidade de sua atuação.

Nas duas últimas décadas do século XX viu-se o Ministério Público transformar-se paulatinamente em órgão de defesa da sociedade, na medida em que procura defender os interesses, sobretudo das parcelas excluídas do acesso à Justiça, procurando fazer com que se cumpram as promessas constitucionais de uma sociedade mais justa, solidária e fraterna.

Ninguém discorda de que o Brasil tem a maioria de sua população vivendo em condições precárias, sem as mínimas perspectivas de cidadania, já que privada essa grande parcela dos direitos fundamentais. São os *excluídos* ou *marginalizados*, privados de educação, saúde, habitação e emprego.

Não obstante a Constituição ressaltar que a cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos da República, cujo objetivo é erradicar a pobreza, reduzindo as desigualdades sociais e regionais e, com isso, promovendo o bem comum, o Estado tem sido omisso no cumprimento dessa missão constitucional, pois não tem conseguido erradicar a

pobreza e tampouco diminuir consideravelmente as desigualdades sociais, alegando-se sempre que as políticas públicas de implementação de direitos sociais dependem de recursos públicos, que são arrecadados pelos impostos.

Na defesa desses interesses sociais, incumbe ao Ministério Público despertar a sociedade civil para que descubra sua força, incentivando a criação de associações, sindicatos, que tendo representação popular e com objetivos claramente delineados como de defesa dos interesses coletivos, defenda-se por si mesma, já que muitos são os marginalizados nessa sociedade. É certo que não é fácil fazer com que os *excluídos* se organizem em associações para fazerem valer os direitos que a Constituição lhes assegurou, mas é inevitável que o Ministério Público será - como já vem sendo, progressivamente - o canal mais disponível e eficaz (tendo em vista o preparo profissional de seus integrantes, as garantias e instrumentos jurídicos que lhe foram conferidos) para a defesa dos direitos sociais, coletivos e individuais indisponíveis, sendo previsível, num futuro próximo, contínua cobrança de parcelas expressivas da sociedade pelo bem desempenho desse papel.

Em face disso, enquanto a sociedade não se organiza e os excluídos se integrem na sociedade, o Ministério Público, embora sem exclusividade, tem legitimidade para provocar o Poder Judiciário para a defesa desses direitos constitucionais.

3.2.3 O Ministério Público e a tutela dos interesses individuais indisponíveis

Celso Bastos (1999, p. 339) enfatiza que o Ministério Público tem a sua razão de ser na necessidade de ativar o Poder Judiciário, em pontos em que este remanesceria inerte, porque o interesse ofendido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda a

coletividade, e, mesmo em relação aos indivíduos, é notório o fato de que a ordem jurídica por vezes lhes confere direitos sobre os quais não podem dispor. Então:

Surge daí, a clara necessidade de um órgão que vale pelos *interesses da coletividade* quanto pelo dos *indivíduos*, estes apenas quando indisponíveis. Trata-se, portanto, de instituição voltada ao patrocínio desinteressado de interesses públicos, assim como de privados, quando merecerem um especial tratamento do ordenamento jurídico.

A Carta Magna outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional. Define-o como lídimo defensor da sociedade, e, nesse sentido, cabe-lhe a fiscalização da correta aplicação das leis, de modo que as chamadas injustiças sociais aos poucos deixem de existir, por sua atuação efetiva e orientação à própria sociedade, estimulando-a a agir, pois “num país com graves problemas sociais, com conflitos agrários, com falta de moradia, com salários aviltantes, é urgente uma aplicação *socialmente comprometida* da lei”, como salienta João Lopes Guimarães Júnior (1997, p. 98).

Na verdade, a lei só deve existir em função da sociedade, devendo-se, por isso, buscar a função social a que ela se destina, sob pena de comprometimento da ordem jurídica.

Levando-se em conta que o Ministério Público deve zelar pela ordem jurídica, com o fiel cumprimento da lei, sem dúvida, na questão dos excluídos, deverá ter uma atuação enérgica de modo a minimizar os efeitos maléficos da proliferação da pobreza. Aliás, é a própria Constituição que traça como objetivo do Poder Público o de construir uma “sociedade livre, justa e solidária”, buscando “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (CF, art. 3º, I e III).

O Ministério Público, como defensor da ordem jurídica, deve fazer cumprir o objetivo constitucional de se construir uma sociedade justa, reduzindo-se, com isso as desigualdades sociais, e diminuindo-se a miséria; tem, portanto, legitimação ativa para, em

nome dos marginalizados pleitear-lhes os direitos individuais indisponíveis garantidos na Constituição Federal.

Em face da evolução da sociedade e com o crescimento populacional, avanço tecnológico, globalização e consumismo, surgem inúmeros interesses que são indeterminados os detentores, indivisível seu objeto e de intensa litigiosidade, derivada de circunstâncias de que esses interesses não têm por parâmetro valores consolidados no sistema jurídico, e derivam de situações de fato mutáveis com o tempo. São os chamados interesses difusos e coletivos, que implicam um número vasto e indefinido de “titulares”: serviços públicos, medicamentos, consumo em geral de bens duráveis, controle ambiental, qualidade de vida, direitos humanos, minorias sociais, política econômica etc.

Alguns desses interesses encontram suporte explícito ou implícito no texto constitucional, mas tal circunstância não lhes é indispensável, pois a tutela a eles cabível não depende da prévia existência de texto normativo, mas de sua relevância social ou de sua indisponibilidade, como são os direitos fundamentais.

A jurisprudência vem entendendo que o Ministério Público tem legitimidade para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise a tutela de pessoa individualmente considerada, em face do que dispõe o artigo 127 da Constituição Federal. Aliás, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento das Turmas de Direito Público no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ajuizar medidas para defender direitos individuais indisponíveis, ainda que em favor de pessoa determinada⁴³. A base legal dessa tese encontra apoio na avançada exegese da norma Maior, artigo 129, IX, que, não obstante mencione a legitimação do Ministério Público apenas no que

⁴³ Nesse sentido: EREsp 684162/RS (REsp 2005/0162771-4) – Rel. Ministra Denise Arruda (1126)-J.24.10.2007(DJ 26/11/2007, p. 112). No mesmo sentido são precedentes: EREsp 466.861/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 7.5.2007; REsp 920.217/SP, 2ª T. Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 6.6.2007; REsp 852.935/RS, 2ª T. Rel. Min. Castro meira, DJ de 4.10.2006; REsp 823.079/RS, 1ª T. Rel. Min. José Delgado, DJ de 2.10.2006; REsp 856.194/RS, 2ª T. Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 22.9.2006; REsp 700.853/RS, 1ª T. Rel. p/acórdão Min. Luiz Fux, DJ de 21.9.2006; REsp 822.712, 1ª T. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.4.2006. (Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. – acesso em 29.07.2008)

tange aos interesses difusos e coletivos, abriu a possibilidade para o legislador ordinário expandir sua esfera de ação, quando diz que podem ser atribuídas outras funções ao Ministério Público, desde que compatíveis com seu perfil constitucional.

Como era notório o aumento da demanda jurídica, ampliou-se a órbita de atuação do Ministério Público, na defesa difusa da sociedade, legitimando-o nessa atuação, no Código de Defesa do Consumidor, em 1990, que criou a categoria dos direitos individuais homogêneos, e na Lei Complementar nº 75/93, que conferiu legitimidade ativa ao Ministério Público para demandar em defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.

3.2.4 A garantia de concretização de direitos fundamentais sociais através da ação civil pública

A atual Carta Magna prevê como função institucional do Ministério Público “zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias para sua garantia” (art. 129, II).

Está a instituição legitimada para promover esses direitos através de alguns instrumentos, como o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (129, III).

Além dessas, o Ministério Público pode exercer outras funções que a ele sejam conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (inciso IX), incluindo-se as previsões de normas infraconstitucionais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a Lei Orgânica da Assistência Social

(Lei nº 8.742/93), a Lei de Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei nº 7.853/89), a Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), entre outras.

O Ministério Público pode propor também ações que visem à proteção de direitos individuais homogêneos, pois a Carta, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração pública, em face dos valores constitucionalmente elencados, habilitou-o a demandar em prol dos interesses indisponíveis⁴⁴. Em se tratando da defesa do mínimo necessário à existência condigna do cidadão hipossuficiente, justifica-se a intervenção do Ministério Público, vez que se trata de direito individual homogêneo indisponível.⁴⁵

Nesse sentido, por força do artigo 21 da Lei nº 7.347/85, “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990”, ou seja, quando se tratar de “defesa do consumidor em juízo” (CDC, Título III), especificamente no que concerne ao direito individual homogêneo, aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

A Constituição Federal de 1988 alargou o âmbito de atuação da ação civil pública ao atribuir ao Ministério Público, como função institucional, a promoção do inquérito civil e da

⁴⁴ Inúmeros são os precedentes no Superior Tribunal de Justiça, como REsp 688052/RS, DJ 17.08.2006; REsp 822712/RS, DJ 17.04.2006; REsp 819010/SP, DJ 02.05.2006; REsp 869843/RS DJ 15.10.2007 etc.

⁴⁵ Nesse sentido acórdão cf. ementa: CONSTITUCIONAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PROCESSO CIVIL – MINISTÉRIO PÚBLICO – O Ministério Público tem interesse de agir para pleitear que o Estado custeie exame de DNA que não pode ser pago por pessoas hipossuficientes. Adequadas aos autos as lições de Hugo Nigro Mazzilli (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Saraiva, 13ª edição, pág. 100): [...] A Constituição confere ao Ministério Público legitimidade para defender outros interesses difusos e coletivos, além dos que especificou. Atualmente inexistente, portanto, sistema de taxatividade para a defesa de interesses difusos e coletivos. Além das hipóteses já expressamente previstas nas diversas Leis para tutela judicial desses interesses (defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural, das crianças e adolescentes, das pessoas portadoras de deficiência, dos investidores lesados no mercado de valores mobiliários, de interesses ligados à defesa da ordem econômica ou à livre concorrência). qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo pode em tese ser defendido em juízo, seja pelo Ministério Público seja pelos demais legitimados do art. 5º da LACP e do art. 82 do CDC. (TJPR – ApCiv 0109082-0 – (21134) – Iporã – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Ulysses Lopes – DJPR 04.03.2002 – Júris Síntese Millennium 153004767).

Ressalte-se que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça tem entendimento, já reiterado, no sentido de que o Ministério Público detém legitimidade para promover, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), mediante ação civil pública, a tutela dos direitos indisponíveis nele previstos, mesmo que se apresentem como interesse individual (cf. EREsp 488427/SP – Resp 2007/021342602, 1ª Seção – STJ- Rel. Min. Francisco Falcão (1116), j. 10.09.2008- DJU-29.09.2008). Disponível: <http://ww.stj.com.br>.

ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III). O Código de Defesa do Consumidor, aprovado pela Lei 8.078/90, por sua vez, acrescentou o inciso IV, ao art. 1º, da Lei 7.347/85, estendendo a tutela da ação civil pública a qualquer outro interesse difuso e coletivo, acabando, assim, com o mecanismo de taxatividade dos direitos passíveis de tutela através do referido instrumento processual, tornando o rol de interesses consignados nos incisos do art. 1º da LACP meramente exemplificativo (art. 110).

Evidente que os interesses individuais homogêneos estão englobados nessa norma de extensão, e isso legitima a intervenção do Ministério Público, pois, “a condição legitimante [...] prende-se ao binômio relevância social + representação adequada”, como entende Rodolfo de Camargo Mancuso (2002, p. 753).

O direito fundamental ao mínimo de condição digna possui relevância social em razão do imensurável número de pessoas necessitadas das prestações públicas referentes aos direitos fundamentais sociais, e por terem uma origem comum que as une, qual seja a hipossuficiente condição econômico-financeira delas. Em razão disso, Mancuso (2002, p. 794) esclarece:

[...] por força das normas de extensão [...], abre-se o ensejo para o exercício da ação civil pública na defesa de valores ligados a segmentos marginalizados na sociedade, genericamente referidos à rubrica dos excluídos, tais os desamparados [...], os desprovidos de um teto [...], os rurícolas sem terra [...], e assim todos os demais desvalidos da sorte e discriminados pela sociedade, como os que vivem em extrema pobreza, os HIV soropositivos, ou ainda, o chamado povo da rua, etc.

Não se discute que a atual Constituição trouxe ao Ministério Público uma parcela de responsabilidade numa missão difícilíssima, pois na defesa da ordem jurídica, deverá estar atento para a “construção de uma sociedade justa, livre e solidária”, buscando-se uma atuação que fiscalize e cobre dos poderes constituídos prestações que visem erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo-se as desigualdades sociais. Esse é um dos objetivos traçados na

Carta Magna, cuja responsabilidade está afeta a todos os poderes do Estado e também de toda a sociedade, inclusive exigindo uma atuação dedicada do Ministério Público.

Assim, para se atingir o objetivo constitucional de se construir uma sociedade justa, reduzindo-se, com isso as desigualdades sociais, e diminuindo-se a miséria, tem o Ministério Público legitimação ativa para, em nome dos marginalizados, obrigar o cumprimento da Lei Maior, utilizando para tanto, os instrumentos constitucionalmente colocados à sua disposição. É, pois, na Constituição Federal e nos dispositivos da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor que o Ministério Público encontra a legitimidade para a propositura da ação civil pública para assegurar os direitos fundamentais dos hipossuficientes e, em especial, para cobrar a implantação de políticas públicas que garantam o mínimo necessário à existência condigna dos cidadãos.

Na defesa da Constituição e das leis, no nosso entendimento e de Eduardo Ritt (2002, p. 196-197), dentre as inúmeras funções, deve Ministério Público atuar na efetividade dos direitos sociais, em especial nas áreas de saúde e de educação (para tanto, exigindo do Estado que aplique os recursos previstos constitucionalmente), bem como atuar na questão dos atos de improbidade administrativa e de abuso de poder público, reprimindo e buscando as respectivas indenizações ao erário público. Propor ações protetivas dos direitos dos portadores de deficiência física e mental, implementar ações em relação às questões fundiárias e indígenas, bem como propor a defesa dos direitos constitucionais do cidadão, criando fóruns de cidadania, motivando o controle social. Na área da infância e juventude, agir profundamente na promoção da educação infantil e do ensino fundamental, bem como no acesso à saúde, acionando o Estado para que isto seja realidade, além de exigir a regular oferta de programas de atendimento sócio-educativo, inclusive sob o aspecto material, cobrando, portanto, políticas públicas sociais.

3.3 O controle da política pública pela ação civil pública

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 à ordem jurídica justa e efetiva.

Os modos de acionar o controle judicial das políticas são vários; todavia, as ações coletivas são o meio, por excelência, de solução dos conflitos envolvendo os direitos sistematizados em políticas públicas. Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 32) diz que:

[...] é menos importante o resultado de cada ação civil pública, em si, que a alteração de cultura que vá se produzir acerca da tutela dos interesses coletivos, individuais homogêneos ou difusos e sua repercussão para a superação de uma cultura privatista, isto é, individualista e patrimonialista do direito.

Comentando que a edição das Leis nº 7.347/84 (Lei da Ação Civil Pública) e nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) instauraram marco no direito brasileiro, dando grande amplitude à legitimação processual, com a adoção de um conceito amplo de interesse, alterando-se o paradigma da defesa judicial, Bucci (2006, p. 32) afirma:

Não por acaso, a elaboração mais desenvolvida no direito a respeito das políticas públicas não está no campo do direito público – como seria de se esperar, em virtude da interação obrigatória dos agentes públicos com os instrumentos jurídico-institucionais que balizam a atuação do Poder Público -, mas no campo processual.

E também não é por acaso que o Ministério Público tem a experiência mais consolidada nesse campo, graças a instrumentos instituídos com o advento da Lei da Ação Civil Pública, o inquérito civil (art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/85) e o termo de ajustamento de conduta, que têm induzido comportamentos ativos, por parte dos titulares das competências para a formulação e implementação das políticas públicas, no sentido de superar omissões, dentro dos limites concretos postos para sua ação. Nesse sentido, o mecanismo de ajustamento de conduta parece, em geral, mais conveniente ao interesse público, porque insta o administrador público a agir, sem lhe tolher certa margem de discricionariedade, que lhe permita manter íntegra a lógica do conjunto da ação do governo ou do órgão público.

Por seu turno, João Batista de Almeida (2001, p. 72-73), ao traçar os aspectos controvertidos da ação civil pública, entende deva ser prestigiada a tese que admite o uso da ação civil pública quando o pedido é a implementação de políticas públicas:

[...] pois, do contrário, o administrador ficaria totalmente livre para descumprir normas constitucionais e dispositivos legais, inclusive orçamentários, sem poder ser compelido na via judicial ao respectivo cumprimento. Nesse caso poderiam ser enquadrados, por exemplo, o fornecimento de ensino fundamental obrigatório, o transporte escolar, a aplicação do mínimo de 25% das receitas de impostos municipais em educação. A não-implementação das políticas públicas nas áreas mencionadas implica descumprimento de normas cogentes da Constituição Federal (art. 208, §§ 1º, 2º e 3º), que pode ser reparado por via da ação referida. O mesmo seja dito em relação à saúde (CF/88, art. 196 et seq., à cultura (CF/88, art. 215 et seq.) e à família, à criança, ao adolescente e ao idoso (CF/88, art. 227 et seq.).

Mancuso (2001, p. 728), analisando o tema, observa que “não há, portanto, fundamento técnico-jurídico ou argumentação logicamente sustentável que dê respaldo a uma pretensa assimilação entre políticas públicas e os atos exclusivamente políticos ou puramente discricionários”, pois:

De resto, estas duas categorias, malgrado toda a celeuma doutrinária que (ainda) possam suscitar, talvez no limite hoje estejam reduzidas a um falso problema: é que, bem vistas as coisas, ressalvados os casos extremos (v.g., falsa motivação, desvio de finalidade), no mais, de ordinário, se um ato é realmente só político (v.g., adesão a tratado de cooperação internacional) ou se a conduta é realmente só discricionária (v.g., incentivo governamental para fomento de certo setor da economia), dificilmente se apresentará um histórico de lesão temida ou sofrida, capaz de configurar o interesse de agir (necessidade + utilidade do recurso ao Judiciário).

Diante disso, a atuação do Ministério Público na fiscalização dos atos da administração pública, a fim de se avaliar a adequada aplicação dos recursos públicos e o atendimento das necessidades básicas da população, tem sido fundamental, inibindo eventuais desvios provocados pela corrupção em vários órgãos públicos ou pela própria incompetência do administrador na gerência dos recursos públicos, principalmente nas áreas da saúde e de educação fundamental.

Analisando o controle judicial de política pública, Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 22), anotando que o efeito indesejado desse fato é o deslocamento do processo de seleção de prioridades e reserva de meios, cerne da construção de qualquer política pública, afirma:

A questão se coloca sob o prisma da “reserva do possível”, já identificada na jurisprudência constitucional alemã, que nada mais expressa senão o fato de que os direitos sociais têm custos e que, no limite, pode haver concorrência pelo atendimento de direitos. A pulverização dos conflitos na arena judicial, mesmo quando agregados os interesses coletivos sob a representação processual do Ministério Público, não impede que ocorra, de modo desordenado e sem uma racionalidade explícita e consciente, uma seleção de prioridades, segundo as condições concretas de cada grupo de interesse de se fazer defender perante o Poder Judiciário.

Conclui-se, portanto, que a ação civil pública é instrumento adequado para que o Ministério Público legitimamente questione em juízo as condutas do agente público que não elabora ou não implementa políticas públicas devidas, sem que isso configure avaliação do mérito administrativo, pois a finalidade é a concretização dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente assegurados.

CAPÍTULO IV. O CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PODER JUDICIÁRIO

O papel do Poder Judiciário como garantia de efetividade dos chamados direitos sociais é uma questão ainda polêmica, pois, em face das funções que desempenha dentro da organização do Estado, essa função cabe primeiramente aos poderes políticos.

Enquanto instituição política a principal competência da Função Jurisdicional é controlar a constitucionalidade das leis e demais atos normativos produzidos pelos dois outros poderes do Estado, e como guardião da Constituição o Judiciário pode controlar o exercício do poder pelas demais instâncias do Estado, de forma a assegurar a vontade do Poder Constituinte, como esclarece Edinilson Donisete Machado (2006, p. 106):

A autonomia judicial não pode ser excessiva, posto que poderá vir a exteriorizar apenas a vontade individual do julgador. Da mesma maneira que nunca poderá ser excessiva a adesão aos princípios constitucionais, em sua aplicação, haja vista que derogariam todas as regras do sistema que promovem a autonomia, necessária ao cumprimento do controle da vontade política substancial, consolidada no ordenamento, via Constituição. A autonomia judicial, assim, ao se limitar aos conteúdos normativos, regras e princípios, evita que haja arbitrariedade.

Assim, não concretizado o direito social reclamado pelo indivíduo, abre-se-lhe a oportunidade de pleitear o bem da vida através da jurisdição, a fim de que o administrador implemente a prestação ou a política pública a que estão obrigados os órgãos públicos por força de norma constitucional. Surge a questão do controle judicial das políticas públicas, isto é, como o Poder Judiciário pode exigir o cumprimento da prestação ou a implementação da política pública de responsabilidade estatal.

4.1 O controle judicial das políticas públicas

Vários são os obstáculos para a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais pelo Poder Judiciário⁴⁶. Um deles é a falta de especificação concreta do conteúdo de tais direitos, pois quando se fala de direito à saúde, direito à educação, direito ao trabalho, não se aponta a medida exata das prestações ou abstenções devidas, já que não há essa previsão constitucional.

Isso decorre muitas vezes da própria natureza lingüística das normas jurídicas, devido à variada possibilidade de interpretação gramatical, não permitindo uma especificação detalhada do direito em discussão, principalmente porque as normas constitucionais de direitos sociais, em face de seu caráter genérico, permitem extensiva interpretação.

Em face disso, não cabe ao Poder Judiciário determinar à Administração a escolha de política pública, pois é dos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executá-las. Revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que excepcionalmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela Constituição, sejam elas implementadas pelos órgãos, cuja omissão, importando em descumprimento de encargos político-jurídicos que sobre eles incidem de forma obrigatória, pode comprometer a eficácia dos direitos sociais constitucionalmente assegurados. Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, na ADPF 45/DF observou que essa atribuição evidencia a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída à mais alta Corte do país, que não pode se omitir da missão de tornar efetivos os direitos sociais, pois a omissão do poder público pode comprometer a ordem constitucional:

⁴⁶ Victor Abramovich e Christian Courtis (2002, p. 124) apontam como principais entraves para a justiciabilidade dos direitos sociais, os problemas da determinação da conduta devida, a auto-restrição do Poder Judiciário frente a questões políticas e técnicas, a ausência de mecanismos processuais adequados para a tutela dos direitos sociais e até mesmo a escassa tradição de controle judicial na matéria.

[...] É certo que não se inclui ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...]. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...] Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política ‘não’ pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.⁴⁷

Os tribunais estaduais têm assentado que implementar ou deixar de implementar políticas públicas, em especial em se tratando de saúde pública, não é questão afeta à discricionariedade ou subjetividade do administrador, e quando assim decide, “[...] não se está aqui, absolutamente o Poder Judiciário se investindo de co-gestor do orçamento do Poder Executivo. Está somente fazendo cumprir um comando constitucional [...]”⁴⁸, pois:

Ainda que se reconheçam graus de liberdade em suas opções, não pode o administrador furtar-se a cumprir e concretizar políticas públicas erigidas pela Constituição Federal, como na hipótese da saúde pública, em direito subjetivo individual e coletivo da cidadania.

Essa postura do administrador público **pode** e **deve** ser controlada pelo Poder Judiciário que é, também, um Poder político no sentido de que comprometido com o bem comum – e com a implementação dos valores que formam a base do Estado Democrático e Social de Direito albergado na Constituição Federal.

⁴⁷ Cf. ADPF 45/DF – Argte: PSDB – Relator Min. Celso de Mello – j. 29.04.2004 – DJ 04/05/2004-P-00012. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaDetalhe.aasp.27.02.08>.

⁴⁸ Trata-se da Apelação Cível com revisão nº 533.398-00-5/5-00, da Comarca de São Paulo, de 05.08.2008, da Terceira Câmara de Direito Público do TJSP, entendendo que “[...] Não há, por outro lado, qualquer ofensa à discricionariedade administrativa. É certo que se fala em discricionariedade quando a lei concede ao administrador público uma certa margem de liberdade e apreciação subjetiva para prover os campos de indeterminação normativa, para que se possa atingir o interesse público. O que importa notar, todavia, é que a existência de uma opção discricionária não torna imune a função administrativa a controle jurisdicional, uma vez que sua atribuição ao administrador público não é um “cheque em branco” que possa ser preenchido com qualquer conteúdo, ainda que ofensivo aos vetores axiológicos do sistema normativo e, notadamente da Constituição Federal. O eventual exercício de faculdades discricionárias não dispensa a Administração Pública de respeito à Constituição Federal. Não há, portanto, no poder discricionário uma vontade absolutamente livre do administrador, nem a pretensa imunidade a seu controle”. (Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em 29.08.2008)

Todavia, é difícil para o Poder Judiciário determinar a conduta que se deve exigir do ente público, quando não apontada na lei. Poderá, quando muito, analisar se a escolha efetuada pelo Estado para a concretização de direitos sociais cumpre a exigência constitucional, a partir de princípios, como o da razoabilidade e proporcionalidade. Isso porque os juízes não substituem os poderes políticos na escolha concreta da política pública destinada à satisfação dos direitos, senão quando examinam a idoneidade das medidas adotadas para a realização desses direitos.

Nesse sentido, Edinilson Donisete Machado (2006, p. 112) entende que a autonomia judicial deve se afastar das deliberações políticas e se assentar estritamente no ordenamento, limitando sua atividade à decisão de cunho eminentemente jurídico, pois:

Ao promover uma interpretação de acordo com os fundamentos constitucionais, promove-se a adequação da conduta de cada interlocutor, de acordo com essa vontade geral preordenada e não em manifestações atribuídas ao parlamento, pois, segundo a Constituição, o Tribunal não está promovendo escolhas, mas exigindo seu cumprimento.

É o respeito à Constituição, com seus princípios e regras, que levará a confiança pelos eleitores e governantes da decisão judicial e, por conseqüência, à própria aceitação de que um Tribunal, formado por alguns poucos não eleitos democraticamente, possa confirmar ou mesmo alterar as decisões dos representantes eleitos democraticamente, por meio dos limites substantivos.

O juiz moderno deve estar comprometido com as questões sociais de seu tempo, sem, contudo, extrapolar suas decisões dos princípios que devem nortear a implantação de justiça social. É nesse aspecto a maior crítica que se faz aos magistrados, argüindo-se a intromissão do Poder Judiciário na administração pública, quando o juiz determina a concretização da norma constitucional, impondo ao poder público a obrigação, por exemplo, de fornecer medicamento⁴⁹, de criar vagas em creches ou escolas de ensino fundamental.

⁴⁹ Os tribunais paulistas têm rechaçado essa tese, especialmente no tocante ao fornecimento de remédios, como salientou a Oitava Câmara de Direito Público do TJSP, pelo Desembargador Relator Paulo Dimas Mascaretti, no julgamento da Apelação Cível n. 390.474.5/1-00, de Araçatuba (SP), em 13.12.2006: “o reconhecimento da responsabilidade pelo fornecimento reclamado na petição inicial não importa transformação do Poder Judiciário em co-gestor dos recursos destinados à saúde pública, tendo em vista que o acolhimento da pretensão apenas torna efetivo o direito de integral assistência à saúde, não se confundindo essa atribuição específica do Judiciário

Cabe ao Poder Judiciário, para manter a supremacia da ordem constitucional, invalidar os atos normativos e administrativos que frontalmente colidam com a Carta Magna, impondo, quando necessário, obrigação de fazer ao administrador público, compelindo-o a realizar as prestações positivas a que está constitucionalmente obrigado, mas que, deliberadamente ou por incompetência, deixa de implementar. Assim,

O Judiciário é o poder competente para controlar os atos inconstitucionais, declarando-os; todavia, isso não significa imposição de políticas públicas, pois essas exigem recursos públicos e, justamente por isso, são escolhidas e realizadas pelos representantes do povo. (Sarlet, 2001, s.p.)

Nesse caso, a atuação do Poder Judiciário não é uma atividade de censura ou de co-gestão das atividades administrativas, mas uma forma de identificação do interesse público, fim principal de toda ação administrativa. Não se trata de substituir o administrador pelo julgador, mas de se procurar garantir que o interesse social seja sempre atingido, de forma a cumprir-se o mandamento constitucional.

A questão da legitimidade constitucional do Judiciário em tema de implementação de políticas públicas fica evidente quando configurada hipótese de abusividade governamental em não efetivar os direitos sociais, obrigando-o a intervir em face da necessidade de preservação do mínimo existencial, analisando-se, no caso concreto, a razoabilidade da pretensão.

Nesse sentido, Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 31), ao falar dessa intervenção, afirma que “o Judiciário tutela as políticas públicas na medida que elas expressem direitos. Excluem-se, portanto, os juízos acerca da qualidade ou adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública”.

Não se pode, contudo, afirmar a supremacia do Poder Judiciário sobre os demais, pois não há divisão de poderes, mas Funções que, por disposição constitucional, são

com o poder-dever da Administração de gerir as verbas ou recursos de determinada área, ou ainda, de estabelecer suas prioridades de atuação”.

harmônicas e independentes, já que “são funções de um mesmo Poder, que é o Estado, que, por sua vez, no sistema brasileiro, tem existência pelo Poder maior e primário, que é o Povo, seu destinatário final”, como afirma Machado (2006, p. 96).

4.2 Cumprimento de decisão judicial pela administração pública e a ausência de recursos

No plano das políticas públicas está assegurada na Constituição Federal a possibilidade de cobrança de condutas comissiva ou omissiva em face da autoridade e de órgão competente, com sanções administrativas e até penais, ou na política de atendimento aos precatórios judiciais, onde o descumprimento das normas de regência fundamenta o “seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito” (CF, § 2º, do art. 100), a par de eventual intervenção no ente público faltoso (CF, art. 35, I), salientando Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 726):

[...] o campo do judicialmente insindicável se nos afigura muito restrito, embora reconheça Celso Antônio Bandeira de Mello que não se pode negar a existência de uma área incognoscível, por ele identificada quando ocorra não apenas ‘uma impossibilidade concreta de o interessado provar que o ato deixou de realizar o que cabia, mas um impossibilidade lógica (limite à inteligência humana) de saber-se qual a providência cabível que satisfaz, complementar, *in casu*, a finalidade da lei. É, repita-se, nesta esfera que o agente administrativo exercita verdadeiramente a discricção: a área em que desfruta de liberdade insindicável, por haver sido titulado pela regra de direito para proceder, com seu juízo exclusivo, ao reconhecimento concreto da medida ajustada ao interesse público e por isso coincidente com o almejado pela lei. Assim, se a providência tomada se encontra na intimidade deste campo, se não o desborda, o ato não pode ser censurado. Se o fez, entretanto, cabe fulminá-lo.

Assim, quando a Administração é notificada a cumprir uma determinação judicial para a entrega da prestação individual, não está cumprindo a ordem constitucional de

implementação de política pública, mas de atendimento a uma ordem judicial, sob pena de sanção civil ou até penal.

Se eventualmente se afigurar injusto o cumprimento, pois que esteja privilegiando o individual em detrimento do coletivo, em caso, por exemplo, de cumprimento de decisão que determina tratamento de saúde de paciente com medicamento de alto custo ainda em fase experimental, não está o administrador público descumprindo política social, mas cumprindo ordem judicial. É como se a discricionariedade na escolha do atendimento individual ou coletivo não mais coubesse ao administrador, pois ela se fez pela decisão judicial

Afirmando que o juiz é o responsável por avaliar e controlar juridicamente a conduta governamental e legislativa, de acordo com as pautas constitucionais, Edinilson Donizete Machado (2006, p. 111) alerta:

[...] ao se atribuírem escolhas de políticas públicas à Função Judicial, se provocará um distanciamento de sua verdadeira função, que é de colocar limites às possíveis arbitrariedades nas escolhas dos representantes eleitos para manifestar a vontade geral. Esta opção de controlador e não de executor de opções políticas exige alguns requisitos, para que não se incorra no que se tem denominado judicialização da política. O Judiciário, e especialmente o Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional, ao interpretar as questões, deve pautar-se pelos princípios e regras constitucionais, previamente escolhidos e positivados, e se afastar das questões inerentes às escolhas políticas”.

As necessidades são infinitas e os recursos são escassos, principalmente quando não previstos no orçamento; mas, ainda assim, não pode o administrador deixar de cumprir a ordem judicial, sob alegação de não dispor de verba pública para tal desiderato. Todavia, em se tratando de direito fundamental ao mínimo necessário é inaceitável a tese da “reserva do possível”, pois, em conflito bens jurídicos, deve-se resolver o impasse pela prevalência daquele que mais atenda ao interesse social. Nesse caso, há de se concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve nortear toda atividade estatal, cabendo à Administração Pública a implementação da política pública ou da realização de despesa determinada pelo Poder Judiciário.

Pode também o Judiciário, em atendimento ao objeto de ação civil pública que busca obrigar a Administração Pública implementar políticas sociais, determinar que se inclua na lei orçamentária rubrica específica para cumprimento da decisão judicial. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2002, p. 149) entende que é possível uma “decisão judicial condenando o Estado a fazer constar do orçamento do exercício subsequente a previsão de despesa necessária ao cumprimento de uma obrigação de fazer judicialmente imposta”, para solucionar os percalços de natureza político-econômica que decorrem da falta de recursos para a administração cumprir a determinação judicial.

Os instrumentos processuais para a concretização coletiva dos direitos sociais, em especial, quando se refere à saúde e educação, não excluem a legitimidade de o titular do direito fundamental pleitear, em ação individual, a condenação da Administração na obrigação de fazer, concretizando o interesse indisponível em jogo.

Ocorre que, em se tratando de ação individual, a sentença judicial condenará a Administração Pública a atender somente o titular do direito social discutido naquela ação, não beneficiando, por conseguinte, nenhum outro cidadão que esteja na mesma situação fática, desprestigiando-se o atendimento coletivo. Todavia, num Estado Social e Democrático de Direito o adequado é a universalização do atendimento, de modo que, com eficiência o administrador público, implementando corretas e adequadas políticas públicas, atenda a toda coletividade necessitada do mínimo necessário à existência condigna. Por isso, o ajuizamento de ação civil pública pleiteando a condenação do Poder Público em obrigação de implementar as políticas públicas que visem garantir o mínimo existencial digno, trará maiores benefícios à sociedade e atendimento coletivo.

Assim, o não cumprimento de decisão judicial que obriga o poder público a implementar política pública ou a realizar a despesa necessária à realização do mínimo à existência condigna, sujeita o administrador a sanções civis e até mesmo penais.

4.3 Das sanções pelo descumprimento das normas de direito social pela Fazenda Pública

Como o administrador público nem sempre cumpre adequadamente as determinações judiciais que dizem respeito à obrigação de fazer, especialmente no caso de fornecimento de medicamentos, próteses, insumos farmacêuticos ou tratamento médico especializado a titulares de direitos sociais, juízes têm fixado multa diária à Fazenda Pública (seja do Município ou do Estado) em caso de descumprimento do determinado. Inúmeras Câmaras do Tribunal de Justiça de São Paulo têm entendido que “o único meio de coerção civil de que pode se valer o magistrado para ver cumprida a prestação estatal positiva é a fixação da multa diária”.⁵⁰

Entendemos que não é adequada a imposição de “multa diária” à Fazenda Pública, enquanto não cumpre a decisão judicial, pois é o próprio contribuinte quem arcará, ao final, com a penalidade, vez que o pagamento será feito pelos próprios cofres públicos, em prejuízo de toda a coletividade, e não do próprio agente, que deve responder administrativamente pela relutância descabida de realizar a obrigação funcional.⁵¹

Evidentemente que o descumprimento da determinação judicial é causado pelo agente público e não pela Fazenda Pública. Aliás, nas ações condenatórias, o Judiciário hodiernamente tem determinado o seqüestro de verba pública para o cumprimento da

⁵⁰ Na Apelação Cível nº 658.508.5/0-00-Serrana, a Sexta Câmara de Direito Público do TJSP, em julgamento de 11.08.2008, o Relator desembargador Leme de Campos entendeu cabível a fixação de multa diária em caso de descumprimento do determinado, pois “[...] o dispositivo processual que trata da multa diária não fez nenhuma ressalva com relação à sua aplicação às pessoas jurídicas de direito público”. Consulta em 31.08.2008. Disponível em <<http://www.tj.sp.gov.br>>.

⁵¹ O Des. Corrêa Vianna, no julgamento da Apelação Cível nº 776.561-5/2-00 (Reg. “01825619”), da comarca de São Carlos, em 17.06.2008, entendeu que “[...] não é cabível a imposição de multa diária à Fazenda Pública em caso de descumprimento de ordem judicial, uma vez que, nessa hipótese, a solução óbvia seria a responsabilização penal e administrativa do servidor renitente, jamais a aplicação de sanção pecuniária à Fazenda, providência inútil na lição de Vicente Grecco Filho: “a multa não tem nenhum efeito cominatório porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo. Não tendo efeito cominatório, não tem sentido sua utilização como meio executivo”. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 31.08.2008.

prestação determinada, solução mais razoável e adequada, pois soluciona mais rapidamente a questão posta em juízo.

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que, em face da omissão do agente público responsável pelo fornecimento do medicamento pleiteado, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas é meio de efetivação do direito prevalente, pois o bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, por se tratar de norma exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica.

Analisando o regime da impenhorabilidade dos bens públicos, o Ministro Teori Albino Zavascki, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Recurso Especial nº 900.458 – RS (2006/0245993-4)⁵², em 26.06.2007, ressaltando que “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”, ressaltou:

[...] o regime constitucional de impenhorabilidade dos bens públicos e da submissão dos gastos públicos decorrentes de ordem judicial a prévia indicação orçamentária deve ser conciliado com os demais valores e princípios consagrados pela Constituição. Estabelecendo-se, entre eles, conflito específico e insuperável, há de se fazer um juízo de ponderação para determinar qual dos valores conflitantes merece ser específica e concretamente prestigiado. Ora, a jurisprudência do STF tem enfatizado, reiteradamente, que o direito fundamental à saúde prevalece sobre os interesses financeiros da Fazenda Pública, a significar que, no confronto de ambos, prestigia-se o primeiro em prejuízo do segundo.

A medida de bloqueio de verba para custear o medicamento ou tratamento causa menor onerosidade para o Poder Público do que a imposição de “astreintes”, pois além da verba pública a ser gasta com o cumprimento da decisão, a penalidade onera ainda mais os cofres públicos.

⁵² Disponível em: <http://www.stj.br>. Acesso em 30.08.2008.

4.4 O não cumprimento das normas definidoras dos direitos sociais e o descumprimento de ordem judicial pelo agente público

A Constituição Federal determina, em seu art. 37, *caput*, que os agentes políticos devem obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, o que é praticamente repetido na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92, art. 4º).

Isso significa que os agentes públicos, no desempenho das funções que lhes são acometidas, estão vinculados não só à lei, mas aos princípios que emanam da Constituição Federal.

Nessas condições, não implementar as políticas públicas a que estão obrigados, configura, em tese, violação ao princípio da legalidade, pois não podem o administrador nem o legislador alegar ignorância da Constituição para deixarem de cumprir a função que lhes é imposta. Nesse caso, evidente a prevaricação daquele que deixa de cumprir o que está obrigado por lei, em razão da função pública.

A Lei de Improbidade Administrativa que, em seu artigo 4º, determina que os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos, traz especificadamente as sanções aplicáveis aos atos de improbidade que causam dano ao erário, que importam prejuízo ao erário e aos atos que violam os princípios da Administração Pública.

A conduta do agente que deixa de implementar o núcleo do direito fundamental social a que está obrigado configura, em tese, ato que viola o princípio da legalidade, a que está adstrito, pois deixa de cumprir o mandamento constitucional de garantir a quem tem direito a concretização desse interesse. Assim, a omissão inconstitucional, seja do legislador

que não elabora a lei densificadora da norma constitucional, seja do administrador omissor que não implementa as políticas públicas, viola o princípio da legalidade, e, por conseguinte, enquadra-se como ato de improbidade, tipificado no art. 11, da Lei nº 8.492/92: “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições [...]”.

A conduta prevista no citado dispositivo, para ser configurada ato de improbidade, exige a demonstração de dois elementos, que são: (1) a omissão violadora do princípio constitucional regulador da Administração Pública e (2) a comprovação do dolo do agente público. Esse é o entendimento de Fabrício J. Fonseca Pinto e Fabrício Marques Ferragini (2005, p. 328), promotores de justiça de Minas Gerais, em tese⁵³ defendida e aprovada no XVI Congresso Nacional do Ministério Público, esclarecendo:

Com relação ao elemento subjetivo exigido pelo artigo 11, impõe-se registrar que se trata de dolo administrativo e não de dolo do direito penal. Para a configuração do dolo administrativo não há necessidade de que o agente tenha buscado deliberadamente lesar os bens jurídicos tutelados pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais. Basta que o agente político esteja ciente “dos elementos fáticos que integram o suporte da norma proibitiva”, ou da norma que impõe condutas positivas.

No caso da omissão violadora do princípio da juridicidade, não pairam dúvidas de que o agente político, ao não agir, está ciente dos elementos fáticos que integram o conteúdo do direito ao mínimo necessário à existência condigna, isto é, está ciente de que não cumpre o dever imposto pela norma constitucional. Presente, assim, o dolo necessário à configuração do tipo previsto no art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92.

Tal ilação encontra respaldo na interpretação da aludida norma em consonância com o dever de agir dos poderes públicos imposto pelos direitos fundamentais sociais, cujo objetivo é a garantia e proteção dos princípios e valores constitucionais. Essa exegese do artigo 11, da Lei nº 8.429/92, visa à proteção do conteúdo material da Constituição e fundamenta a aplicação de sanções aos agentes políticos que não densifiquem, por meio de lei, as normas definidoras dos direitos fundamentais sociais e daqueles que não implementem políticas públicas concretizadoras do mínimo necessário à existência condigna. As vinditas administrativas e civis inibem as omissões inconstitucionais e ilícitas. Além disso, servem para excluir “da vida pública

⁵³ Trata-se da tese: “A atuação do Ministério Público no combate à improbidade administrativa decorrente da violação dos direitos fundamentais sociais por omissão”, apresentada no XVI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Belo Horizonte, no período de 6 a 9 de novembro de 2005, tendo como tema principal: MINISTÉRIO PÚBLICO E JUSTIÇA SOCIAL: Em defesa da ética e dos direitos fundamentais.

os políticos e agentes que desprezam” a força normativa e vinculante da Constituição, assim como a posição preeminente dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais sociais.

Nessas condições, segundo os autores (2005, p. 329), o desvio ético do agente político configura violação de direito social por omissão sujeito às sanções do artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, esclarecendo:

[...] o agente político que, no exercício da função pública ou do mandato eletivo, atua em desconformidade com as ordens emanadas do núcleo essencial dos direitos fundamentais, violando, por omissão, o princípio da juridicidade, impedindo a consecução dos fins do Estado e causando danos de ordem material e moral aos titulares do direito ao mínimo necessário à existência condigna, pratica ato de improbidade administrativa.

Esse entendimento tem sido aventado em alguns julgados por algumas Câmaras do Tribunal de Justiça de São Paulo, entendendo-se que em caso de descumprimento de ordem judicial, não é cabível impor sanção pecuniária ao Estado para a realização do ato determinado, sacrificando o erário público, por ato de responsabilidade do agente público, que deve responder administrativa e penalmente pelo descumprimento.⁵⁴

Aliás, é do conhecimento da Administração Pública e de seus prepostos que, em caso de eventual descumprimento de ordem judicial poderão ser responsabilizados pelo crime de desobediência (CP, art. 330, e art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67), além de responderem por atos de improbidade administrativa (art. 11, inciso II, da Lei nº 8.429/92). Todavia, o mais importante é a conscientização de todos aqueles que detêm parcela de poder do Estado para que entendam que o “poder” é “dever” de cumprir a função pública que lhes é delegada, para a realização dos preceitos constitucionais que garantirão o verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito.

⁵⁴ Nesse sentido os V. Acórdãos no AI nº 706.358-5/9-00 *Registro nº “01658724”), da comarca de Santos, pela 11ª Câmara de Direito Público do TJSP, em 31.03.2008, sendo Relator o Desembargador Pires de Araújo, e Apelação Cível nº 776.561-5/2-00, da comarca de São Carlos, pela Segunda Câmara de Direito Público do TJSP, em 17.06.2008, sendo relator o Desembargador CORRÊA VIANNA. Disponíveis em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 24.08.2008.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 traz como objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando-se a pobreza e a marginalização, bem como reduzindo-se as desigualdades sociais, promovendo o bem de todos (art. 3º).

Para isso, fornece mecanismos de acesso ao Poder Judiciário para que se cumpram as promessas de garantir a todas as pessoas os direitos fundamentais nela assegurados.

Fica evidente que ao fornecer os instrumentos para a concretização dos direitos nela assegurados, a Constituição realça a importância vital da concretização dos direitos fundamentais sociais (em especial, saúde, educação, habitação etc.), dos princípios constitucionais, em realce o da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre as pessoas.

Para se atingir esses objetivos a Carta Magna assegura a norma constitucional de acesso ao Poder Judiciário, quando o cidadão não obtém administrativamente o bem da vida previsto na Constituição.

Para assegurar efetivamente esses objetivos é necessária uma atuação efetiva do Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, bem como uma atuação moderna e independente do Poder Judiciário, comprometido com a justiça social, de modo a assegurar que judicialmente se concretizem os direitos fundamentais sociais não realizados pelo poder público.

Além disso, é necessário o despertar de uma consciência cidadã de toda a sociedade, de modo a que sejam atingidos os objetivos de erradicação da pobreza, garantindo a todos os cidadãos uma vida digna de ser vivida, num País onde todos se dêem as mãos na construção de uma sociedade justa, solidária e fraterna.

Ao final do trabalho, podem-se extrair, para reflexão, algumas conclusões:

1. Os direitos fundamentais são unos, indivisíveis e inter-relacionados.
2. Os direitos sociais, como verdadeiros direitos fundamentais, impõem prestações positivas e negativas ao destinatário da norma constitucional (Estado) e são reconhecidos como direitos subjetivos públicos.
3. O núcleo dos direitos sociais, definido como mínimo necessário à existência condigna é um verdadeiro direito originário à prestação, porque representa a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, podendo ser considerado sobreprincípio.
4. O princípio da dignidade da pessoa humana representa um mandado de cumprimento obrigatório a todos os destinatários da norma constitucional (Estado e particulares), que têm o dever concretizar o núcleo densificador dos direitos sociais, segundo as possibilidades fáticas (“reserva do possível”) e jurídicas (conflitos com outros princípios, como a separação dos poderes).
5. A maioria das normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais são consideradas programáticas, sendo preceptivas e exequíveis na medida do mínimo necessário à existência condigna.
6. O conteúdo do mínimo necessário à existência condigna, como direito fundamental social (e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana), deve, em tese, englobar os meios materiais suficientes à existência física do homem concreto, como saúde, vestuário e moradia; os meios intelectuais, como educação, e os meios sociais, que permitam uma vida com qualidade.
7. A aplicabilidade imediata dos direitos sociais, em razão de interpretação constitucional de princípios, demonstra a força vinculante da Constituição.
8. A Constituição Federal de 1988 provocou uma mudança de postura nos Poderes Públicos, obrigando o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, na medida de suas competências a agirem para concretizar os direitos fundamentais sociais nela assegurados.

9. O legislador é o principal destinatário das normas consagradoras de direitos fundamentais, cabendo a ele a densificação do conteúdo indeterminado de normas programáticas, cujo descumprimento do dever de agir tem como consequência a inconstitucionalidade por omissão.

10. As decisões proferidas em ação de inconstitucionalidade por omissão e no mandado de injunção não suprem a inércia do legislador, pois o Poder Judiciário apenas dá-lhe ciência, mas não pode obrigá-lo a cumprir seu dever de legislar.

11. A Administração Pública não tem a discricionariedade de decidir se concretiza ou não os direitos sociais por políticas públicas, embora alegue escassez de recursos públicos ou falta de previsão orçamentária.

12. A concretização da maioria dos direitos fundamentais sociais depende da disponibilidade orçamentária, bem como se sujeita ao princípio da “reserva do possível”, que deve ser analisada pelo Poder Judiciário.

13. A Administração Pública deve concretizar o mínimo necessário à existência condigna mesmo na ausência de previsão orçamentária.

14. Na eventual colisão entre os princípios concretizados no mínimo necessário à existência condigna e o da reserva do possível, prevalece o primeiro, por ser princípio constitucional fundamental.

15. Quando a Constituição prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, também quer dizer que os atos e as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo podem ser apreciados pelo Poder Judiciário, guardião da Constituição.

16. A atuação positiva do Poder Judiciário no deferimento de pedidos de implementação do mínimo existencial não implica na violação do princípio da separação dos poderes nem indevida intromissão no poder discricionário da Administração Pública.

17. O Ministério Público, no desempenho de sua função constitucional, deve defender não só a legalidade, mas a ordem jurídica, nela incluindo os valores e princípios constitucionais, para garantir a concretização dos direitos fundamentais sociais.

18. A Ação Civil Pública é o instrumento adequado para o Ministério Público defender judicialmente o direito fundamental ao mínimo necessário à existência condigna violado pela omissão do poder público, não só coletivamente, mas também quando se trata de direito individual indisponível.

19. A atuação do Ministério Público no controle de políticas públicas é imprescindível, enquanto não se organiza a sociedade civil.

20. A omissão inconstitucional dos agentes políticos em elaborar e implementar políticas públicas para concretização dos direitos sociais constitui ato de improbidade administrativa, sujeitando os inadimplentes à sanções administrativas e penais.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria de Los derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignácio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMN, Luciano Benetto. **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CRETILLA JÚNIOR, J. **Comentários à Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

TUCCI, José Rogério Cruz e. (coord). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle das omissões do poder público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. tomo I. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La Lei del más débil. Madri: Editorial Trotta, 1999.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; Guimarães Jr., João Lopes. **A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público compatível com seu atual perfil constitucional**. In: **Ministério Público**: Instituição e Processo. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

FONSECA PINTO, Fabrício J.; FERRAGINI, Fabrício Marques. **A atuação do Ministério Público no combate à improbidade administrativa decorrente da violação dos direitos fundamentais sociais por omissão**. In: **Ministério Público e Justiça Social**: Em defesa da ética e dos direitos fundamentais. In: Anais do XVI Congresso Nacional do Ministério Público. Belo Horizonte: Obra editada pela Comissão organizadora do XVI Congresso Nacional do MP, CONAMP e Associação Mineira do Ministério Público, 2005.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. **Papel constitucional do Ministério Público**. In: Ministério Público: Instituição e Processo. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

_____. Ministério Público: **Proposta para uma Nova Postura no Processo Civil**. Tese apresentada no 9º Congresso Nacional do MP, em Salvador-BA. In: **Ministério Público: Instituição e Processo**. São Paulo: Atlas, 1997.

HESSE, Konrad. **Significado de los Derechos Fundamentales**. In: BENDA et al. **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. Antonio Lopes Pina. Madrid: Marcial Pons, 1994.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

LUÑO, Antonio-Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

_____. **Derechos Humanos, Estado de Drecho y Constitución**. 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

_____. **Teoria Del Derecho: Uma concepción de la experiênciã jurídica**. Madrid: Editoral Tecnos, 1997.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Evolução Institucional do Ministério Público Brasileiro**. In: Ministério Público: Instituição e Processo. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Decisão Judicial sobre Políticas Públicas: Limites Institucionais Democráticos e Constitucionais**. Tese (Doutorado em Direito) – PUC/SP: São Paulo, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas**. In: MILARÉ, Edis (Org.) **Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85 – 15 Anos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MAZZILI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **O Ministério Público e a defesa do regime democrático**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, nº. 751, 1998.

_____. **Regime Jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "Habeas Data"**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

OTHON SIDOU, J. M. **Processo civil comparado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1968.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2003.

RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento da democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2002.

SÁINZ, José Campillo. **Derechos Fundamentales de la Persona Humana: Derechos Social.** México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995.

SALLES, Carlos Alberto. **Legitimidade para Agir: Desenho Processual da Atuação do Ministério Público.** In: Ministério Público: Instituição e Processo. São Paulo: Editora Atlas, IEDC, 1997.

_____. **Processo civil de interesse público: uma nova perspectiva metodológica.** In: SUNDEFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. **Direito Processual Público.** São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____. **Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador: Centro de Atualização Jurídica. Ano I. v. 1. n° 1, abril de 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 10.10.2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filctiner. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMN, Luciano Benetto. **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2008.

SICHES, Luis Recasen. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho.** México: Porrúa, 1973.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular.** São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Mandado de injunção e hábeas data.** São Paulo: RT, 1989.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular.** São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVA, Paulo Napoleão N. B. Nogueira da. **Constituição e Sociedade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMN, Luciano Benetto. **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2008.

_____. **Os direitos humanos e a tributação: imunidade e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TUCCI Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

JURISPRUDÊNCIA:

<http://www.tj.sp.gov.br>

<http://www.stj.gov.br>

<http://www.stf.gov.br>

Júris Síntese Millennium -(Novembro/Dezembro de 2003)

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](#)