

MARIA DO SOCORRO AZEVEDO DE QUEIROZ

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS COMO DIREITOS
SUBJETIVOS POSITIVOS E O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE
ADIMINISTRATIVA

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito da Universidade Luterana
do Brasil como requisito para a obtenção do
título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Fundamentais.
Orientador: Dr. Leonel Ohlweiler.

CANOAS
2008

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

MARIA DO SOCORRO AZEVEDO DE QUE IROZ

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS COMO DIREITOS
SUBJETIVOS POSITIVOS E O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE
ADIMINISTRATIVA

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito da Universidade Luterana
do Brasil como requisito para a obtenção do
título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Fundamentais.

Aprovada em: ____/____/____

Dr. Leonel Pires Ohlweiler

(Ulbra, Presidente e Orientador)

Dr. André Leonardo Copetti Santos

(UNISINOS, Membro Externo)

Dra. Andrea Nárrimam Cezne

(Ulbra)

Dr. Germano Schwartz

(Ulbra)

Ao meu pai, pela herança de um código moral rígido, quanto ao respeito e consideração ao outro.

À minha mãe, pela marca da força e determinação na defesa de seus ideais e de sua posição como cidadã na comunidade.

Às minhas adoráveis filhas, Catarina e Carolina, pelas horas em minha companhia lhes roubadas pela pesquisa que resultou no presente trabalho.

À memória da minha irmã Kárita, representante irreparável da simplicidade humana.

Agradecimentos

À Dra. Paula Mazulo, colega de trabalho, ao meu lado sempre no enfrentamento das dificuldades de sair do Piauí para o Rio Grande do Sul, e pelo aprendizado sobre a autonomia dos indivíduos nas mesas de negociações no âmbito da DRT/PI.

A meu amigo de idéias, Alex Muller, pelas discussões sobre a condição humana e o direito; ele com a filosofia, eu com a dogmática.

Às minhas irmãs Iêda e Marta, pela força nos momentos difíceis.

Em especial, à Marta, por ter me lembrado, em momentos difíceis, que somos filhas da nossa mãe e, como tais, não desistimos nunca.

A todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram com a minha vida e com este trabalho.

“Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano”.

Ronald Dworkin

“Um direito é uma posição normativa baseada em argumentos válidos e suficientes, e cujo não reconhecimento injustificado causa dano àquele que é detentor do direito”.

Rodolfo Arango

Resumo

O trabalho objetiva questionar os argumentos apresentados pela doutrina para negar subjetividade positiva direta aos direitos fundamentais sociais prestacionais, ou seja, a possibilidade de justiciar diretamente, a partir das normas constitucionais, as prestações sociais objeto desses direitos. Na fase atual da construção teórica sobre direitos fundamentais, podemos verificar uma nítida diferença sobre a eficácia e a efetividade das normas fundamentais de direitos de liberdade e políticos em relação às de direitos sociais prestacionais: os primeiros já contam com largo reforço à eficácia direta e efetividade de suas normas, enquanto os segundos sofrem resistência quanto à possibilidade de eficácia direta positiva e efetividade, sob o argumento de indeterminação normativa e dificuldades de implementação de seu objeto, configurando-se como direitos apenas programáticos. Adotamos como metodologia, quanto ao primeiro argumento, a comparação das estruturas normativas dos direitos fundamentais, no sentido de verificar se há diferenças em suas formulações. Quanto ao segundo argumento, buscamos, no conceito de direito subjetivo e sua relação com a obrigação devida, a sustentação de que a efetividade da norma depende, mesmo que não somente, do direito subjetivo, sendo que este deriva da eficácia da norma e não da possibilidade de realização do direito. Nessa compreensão, destaca-se a diferença entre o que é direito e o que se efetiva como direito que é, bem como entre conflito de princípios e negativa de direitos. Adotamos como base teórica a concepção de norma como imperativo autorizante, a teoria dos princípios e a concepção de interdependência dos direitos fundamentais. Com a primeira concepção, nos apropriamos da idéia de que as normas de direitos fundamentais, todas elas, são imperativos que estipulam direitos, por outra via deveres, e possibilitam a sanção; há direito ainda que sem sanção, sendo esta apenas possível e não determinante para sua existência. Pela teoria dos princípios, os direitos fundamentais na Constituição do Brasil, todos eles, são disposições de princípios, com objetos próprios e amplos *prima facie*, delimitando-se em sua *dimensão* no caso concreto e não se constituindo em cada caso, através do método ponderativo. Pela concepção de interdependência dos direitos fundamentais, chegamos à compreensão de que os direitos fundamentais, tanto os de liberdade e políticos como os sociais prestacionais, só podem ser respeitados na sua integralidade se protegidos contra intervenções do Estado e terceiros e se assegurados pelo Estado e terceiros, porque ambos possuem as dimensões de defesa e prestacional. A partir das noções apresentadas, chegamos ao entendimento de que não há diferenças estruturais nos direitos fundamentais insertos da Constituição do Brasil as quais justifiquem a justicialidade direta de uns e de outros não; de que cada direito possui um objeto em si que pode ser delimitado, mas não pode ser negado como fundamental e de que negar subjetividade positiva direta aos direitos fundamentais sociais prestacionais acaba por negar também efetividade aos direitos fundamentais de liberdade e políticos.

Palavras-chaves: Controle Judicial. Direitos Fundamentais Sociais Prestacionais. Direitos Subjetivos. Discricionariedade. Princípios.

Abstract

This work aims to question the arguments presented by the doctrine to deny subjectivity positive direct social prestations fundamental rights, or the possibility of justicial directly from the constitutional requirements, social benefits object of these rights. In the current phase of the theoretical construct on fundamental rights, we can see a clear difference between the efficiency and effectiveness of the standards of fundamental rights of freedom and politicians in relation to social rights prestations: the first already have broad strengthening the efficiency and effectiveness of direct its standards, while the latter suffer resistance to the possibility of direct positive efficiency and effectiveness, under the argument of regulatory uncertainty and difficulties of implementing its object, setting up rights just as programmatic. We choose as methodology, as the first argument, the comparison of the regulatory structures of fundamental rights, to see if there are differences in their formulations. The second argument, sought in the subjective concept of law and its relationship to the obligation due, the support of the effectiveness of the standard depends even if not only, the subjective right, and that this derives from the effectiveness of the standard and not the possibility of realization of the right. On this understanding, there is a difference between what is right and what is effective and what is right, and conflict between the principles of rights and negative. As theoretical basis for design of standard as imperative autorizante, the theory of the principles and the brand concept of interdependence of fundamental rights and. With the first design in the idea that the standards of fundamental rights, all of them, are imperatives which stipulate rights by other means duties, and allow the penalty, even if there is law without sanction, and this not only possible and decisive for its existence. For the theory of the principles, fundamental rights in the Constitution of Brazil, all of them, are rules of principles, with objects themselves and wide prima facie, forging themselves in their size in the case and do not constitute in each case, by the ponderative method. For the concept of interdependence of fundamental rights, we come to the understanding that the fundamental rights of freedom both in the political and social prestations can only be observed in its entirety is protected intervention of the state and third parties and is provided by State and thirds, because both have the dimensions of defence and prestacional. From the concepts presented, we come to the understanding that there are structural differences on the fundamental rights of the Constitution of Brazil inserts which justify the justicialidade direct from one and other not; that every right has an object itself that can be defined, but it can not be denied as fundamental and that subjectivity positive direct deny fundamental rights social prestations ultimately also effectively deny fundamental rights of freedom and politicians.

Keywords: Duty to materialize. Fundamental Social Rights Prestacionais. Judicial Control. Principles. Subjective Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF - Constituição Federal
CLT - Consolidação das Leis do Trabalho
CRP - Constituição da República Portuguesa
EC - Emenda Constitucional
FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
IPTU - Imposto Predial Territorial Urbano
MI - Mandado de Injunção
NR - Norma Regulamentadora
OIT - Organização Internacional do Trabalho
SINDEPO-MT - Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de Mato Grosso
SINJEP - Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará
STF – Supremo Tribunal Federal
TCE - Tribunal Constitucional Espanhol

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
 CAPÍTULO I	
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS E NORMAS PROGRAMÁTICAS ..	15
1.1 Direitos fundamentais individuais de defesa e sociais prestacionais como direitos de realização do homem em sociedade	15
1.2 A interdependência dos direitos fundamentais e suas funções.....	26
1.3 Sobre a tipologia das normas de direitos fundamentais sociais prestacionais: estudo da tipologia das normas na Constituição do Brasil.....	33
1.3.1 Os direitos fundamentais sociais prestacionais e as normas programáticas	43
1.3.1.1 As normas de direitos fundamentais sociais prestacionais são definidoras de direitos ou de programas?	47
1.4 Normas de direitos sociais prestacionais como definidoras de direitos <i>prima facie</i>	56
 CAPÍTULO II	
DIREITO SUBJETIVO E JUSTICIALIDADE DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS	62
2.1 Eficácia jurídica e social e posições subjetivas: a subjetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais	62
2.1.1 Eficácia jurídica e social, exequibilidade das normas jurídicas e direitos subjetivos	65
2.1.2 A subjetividade das normas programáticas.....	71
2.1.3 Dimensões do direito subjetivo e posição dos jurisdicionados frente às normas de direitos fundamentais sociais prestacionais	74
2.1.3.1 Subjetividade positiva dos direitos fundamentais sociais prestacionais, separação dos poderes e reserva do possível	81
2.2 Direito subjetivo, conteúdo essencial e definição dos direitos fundamentais sociais prestacionais pelo Poder Judiciário	90
2.3 Omissões fundamentais e o mandado de injunção como instrumento de concretização dos direitos sociais prestacionais no plano do Judiciário	100
 CAPÍTULO III	
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL DO DEVER DE MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS	112

3.1 O dever da administração pública de materializar os direitos fundamentais sociais prestacionais como prestações subjetivas e o controle judicial da discricionariedade administrativa.....	112
3.1.1 A discricionariedade e as omissões administrativas na realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais.....	123
3.1.2 Discricionariedade administrativa na materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais e separação dos poderes.....	125
3.1.3 O Supremo Tribunal Constitucional e o controle da discricionariedade administrativa na materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais.....	128
3.1.4 Proporcionalidade e razoabilidade como juízos de controle da discricionariedade administrativa na materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais.....	131
3.2 Judiciário como espaço político, justificação das decisões e abertura no processo de interpretação dos direitos fundamentais.....	138
3.2.1 Justificação das decisões e sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: o controle social das decisões judiciais pela subjetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais.....	142
3.2.2 Súmula vinculante e participação social: o controle social das decisões do STF.....	148
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	151
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	153

INTRODUÇÃO

A inserção de normas de cunho social no elenco das normas fundamentais da Constituição do Brasil, promulgada em 1988 - fato presente nas constituições dos países ocidentais após a segunda guerra mundial - incitou a doutrina brasileira a perquirir sobre que tipos de direitos encerram essas normas. Passaram os doutrinadores a se questionar se as normas de direitos fundamentais sociais apresentam o mesmo *status* jurídico das normas fundamentais que encerram direitos civis - liberdades individuais - e políticos - participação nos processos decisórios do Estado. As respostas apresentadas até agora se mostram avançadas se comparadas à situação inicial de total negação de efeitos jurídicos a essas normas, entendidas apenas como normas dispositivas, programáticas, meras promessas políticas para pacificar os ânimos das sociedades modernas, divididas pela herança do projeto liberal iniciado no final do século XVIII.

Como o processo de conhecimento é sempre dinâmico, os direitos fundamentais sociais encontraram defensores contra a propagada falta de juridicidade de suas normas, numa linha que chega ao Brasil a partir da jurisprudência e doutrina italianas, especificamente na obra de Vezio Crisafulli (*La Costituzione e le sue disposizioni di principio* - Itália). Essa linha de pensamento influencia José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais - Brasil*), na elaboração de uma classificação das normas de direitos constitucionais no Brasil, que, embora inclua as normas da ordem social e econômica no rol das normas programáticas, defende a eficácia, ainda que limitada, dessas normas.

Embora percebamos, na atualidade, uma modificação na doutrina e na jurisprudência a defender a efetividade direta dos direitos fundamentais sociais prestacionais, boa parte só reconhece alguma eficácia jurídica dessas normas, o que encerra nosso problema central: por que os direitos fundamentais sociais prestacionais não gozam do mesmo *status* jurídico dos direitos fundamentais civis e políticos, tais como eficácia jurídica plena e aplicabilidade direta, ou seja, por que o titular de um direito fundamental social prestacional não pode justiciar diretamente – originariamente a partir da norma constitucional - a obrigação que lhe é devida? Por que os direitos sociais prestacionais não possuem a eficácia subjetiva positiva? A resposta á questão acima posta requer uma abordagem sobre a tipologia das normas constitucionais, o estudo sobre o conceito de direitos subjetivos e sobre o objeto dos direitos fundamentais sociais prestacionais – a prestação – e ainda sobre a legitimidade do Poder Judiciário para controlar a atuação ou omissão da Administração na realização desses direitos.

Nosso intento é pesquisar os direitos e garantias fundamentais do Estado brasileiro, com vistas a sustentar que os direitos fundamentais sociais prestacionais gozam da mesma eficácia plena e aplicabilidade direta das normas fundamentais tradicionais, incluindo direitos subjetivos positivos diretos a prestações. Temos que os limites jurídicos da realização dessas normas são dificuldades encontradas por todas as normas de direitos fundamentais, por sua estrutura normativa (principiológica), que, vez ou outra, propicia a colisão entre direitos ou entre direitos e bens, e que os limites fáticos dificultam a realização do direito ou limitam sua amplitude, de certo, mas lhes pode negar a condição de direitos subjetivos, possibilitando o pleito judicial direto em caso de omissões lesivas à sua concretização. Dessa forma, pretendemos reposicionar as questões tratadas pela doutrina, no sentido de indicar que o direito subjetivo, a princípio, parte das normas e não da capacidade do Estado em efetivá-las.

Para tanto, é necessário enfrentar três questionamentos, a saber: de que tipo são as normas de direitos sociais prestacionais; são normas que definem direitos ou apenas programas de ação? Se definidoras de direitos, gozam do mesmo *status* jurídico das normas fundamentais em seu conjunto, incluindo direitos subjetivos positivos originários a prestações positivas, ou seja, esses direitos podem ser diretamente justiciáveis? Se podem ser diretamente justiciáveis, o Poder Judiciário tem legitimidade para exercer o controle, e em que medida, sobre os demais poderes, sobretudo, sobre a Administração Pública, que entendemos ser a encarregada direta da realização dos direitos sociais prestacionais?

Não desconhecendo que a efetivação dos direitos sociais enfrenta maiores dificuldades pelo objeto imediato que ampara (prestações) – e essa é uma questão que deve ser superada pela reestruturação do Estado e não motivo de negação dos direitos – percorremos as etapas elencadas, no sentido de mostrar que as dificuldades que se apresentam não podem retirar dos direitos insertos na ordem fundamental brasileira sua eficácia jurídica plena e aplicabilidade direta, ainda que tais dificuldades comprometam a sua exequibilidade e, como consequência, a sua efetivada social espontânea e forçada.

Na primeira parte do trabalho, tratamos do porquê das denominações direitos individuais de defesa e sociais prestacionais e da interdependência dos direitos fundamentais, destacando que, na atualidade, todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão defensiva e requerem uma atuação prestacional dos órgãos públicos para sua concretização. Também tratamos da estrutura das normas de direitos fundamentais sociais prestacionais, objetivando afastar dessas normas a idéia de programaticidade, que lhe afeta a noção do direito que expressa, atribuindo à programação legislativa ou executiva não o direito que essas normas enclausuram, mas o meio de melhor concretizá-las.

Entendendo as normas que definem prestações aos indivíduos, que lhes melhora a posição dentro da sociedade, como normas definidoras de direito (*prima facie*) e não programáticas, buscamos diferenciar o direito do meio de sua concretização, o que implica numa diferenciação entre eficácia jurídica e eficácia social. O melhor meio de dar eficácia social aos direitos fundamentais sociais prestacionais pode ser um programa de ação, mas este não se confunde com o direito do indivíduo.

Afastando a idéia de programa como direito e aproximando as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais das normas que expressam direitos individuais de liberdade e políticos, entendendo-as como normas definidoras de direitos (*prima facie*), trataremos, na segunda parte do trabalho, de firmar a idéia de direitos subjetivos positivos originariamente a partir das normas de direitos fundamentais constantes na Constituição do Brasil. Defendemos que esses direitos possuem um objeto próprio que pode ser ponderado em seu alcance, mas que não pode ser negado em seu conteúdo essencial, o que lhes possibilita serem diretamente justiciáveis em caso de omissões lesivas a seu gozo.

Sobre a definição do conteúdo em si e alcance dos direitos fundamentais sociais prestacionais, nos utilizaremos do processo ponderativo e da teoria do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, no que tange à possibilidade de definição desses direitos na esfera judicial. Frente à inação dos poderes Legislativo e Executivo, faremos uma abordagem do mandado de injunção como instrumento para suprir as lacunas normativas e de como o Poder Judiciário vem concebendo essa garantia constitucional frente à concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

A terceira parte do trabalho, trata do controle judicial da atuação da Administração Pública na realização dos direitos sociais prestacionais e da legitimidade do Poder Judiciário na definição dos limites do conteúdo dos direitos fundamentais sociais prestacionais. Partindo de uma visão alargada da vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais, que traz como conseqüência a redução da "discricionariedade administrativa" e exige uma revisão no dogma da separação dos poderes, especulamos sobre qual a medida do controle que o Poder Judiciário pode exercer nas ações e omissões daquela, que tem o dever de materialização dos direitos sociais prestacionais.

Defendemos que o Poder Judiciário pode exercer um controle amplo das ações e principalmente das omissões administrativas (visto que as omissões são as que mais lesam os direitos sociais prestacionais), com base em juízos como o da proporcionalidade e o da razoabilidade. Afirmamos ainda que a legitimação do Judiciário nessa seara político-jurídica é

aferida pela aceitação de suas decisões justificadas, num processo argumentativo de interpretação aberta dos direitos fundamentais e de controle social das decisões.

CAPÍTULO I

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS E NORMAS PROGRAMÁTICAS

1.1 Direitos Fundamentais Individuais e Sociais Prestacionais como direitos de realização do homem em sociedade

Com o objetivo de aproximar os direitos fundamentais individuais de defesa e sociais prestacionais, por sua fundamentabilidade à existência humana digna em sociedade, e tendo como alvo principal a defesa de direitos subjetivos positivos diretos a partir das normas de direitos sociais prestacionais insertas na Constituição do Brasil, iniciamos o presente capítulo com a seguinte indagação: a denominação de direitos fundamentais individuais e de direitos fundamentais sociais implica uma diferenciação entre direitos do indivíduo independente da sociedade e direitos da sociedade independente do indivíduo? Antecipadamente, apontamos para uma resposta negativa. Temos que as diferentes denominações se assentam em questões históricas apenas, que já não se sustentam na atualidade, posto que todos os direitos fundamentais são do indivíduo em sociedade, tendo como objetivo sua realização social.

Mas antes de adentrarmos às especificidades do assunto, temos que clarear o sentido dos termos que serão usados nesta parte do trabalho. Como indica Barroso, onde há fluidez terminológica, é sempre necessário um esclarecimento dos sentidos para se evitarem equívocos na transmissão das idéias.¹ Trabalharemos com os termos direitos humanos e fundamentais, direitos civis e políticos ou individuais, direitos sociais e sociais prestacionais, para nos situarmos, posteriormente, se as denominações são apenas históricas e, mesmo se apenas históricas, implicam uma diferente eficácia jurídica e também social desses direitos - conceitos que detalharemos no decorrer do trabalho.

O sentido em que utilizaremos a denominação direitos humanos é o de direitos fundamentais ao homem, declarados universalmente em documentos de caráter internacional.² Esses mesmos direitos assumem a expressão de direitos fundamentais quando positivados nas ordens constitucionais dos Estados nacionais, a exemplo do direito à igualdade, expresso no art. 5º da Constituição Federal (CF) do Brasil. Direitos fundamentais individuais ou individuais de defesa são os direitos fundamentais civis e políticos, os conhecidos direitos

¹ Nesse sentido, leciona BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 102.

² SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos direitos fundamentais. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36.

individuais a liberdades, que possuem uma dimensão ou função de defesa.³ Direitos fundamentais sociais e sociais prestacionais são os direitos positivados nas constituições dos Estados nacionais a partir da primeira metade do século XX, com o Estado intervindo nas relações privadas, no sentido de recompor as desigualdades sociais geradas pelo modelo liberal de organização jurídica e econômica.

Os direitos fundamentais sociais abrangem as liberdades sociais, como o direito de associação (art. 9º, da CF), e os direitos sociais a prestações positivas materiais, que objetivam a recomposição das desigualdades sociais no campo das relações entre os indivíduos em sociedade, fazendo surgir, para o Estado, obrigações, chamadas de positivas, porque encerram uma disposição ativa e não apenas omissiva, visando à melhoria das condições de vida das pessoas em pior situação e à promoção da igualdade social. São direitos tais como o de moradia, saúde, educação (art. 6º, da CF) e direitos dos trabalhadores, que chamaremos de direitos fundamentais sociais prestacionais.

Seguimos, então, indagando o porquê das diferentes denominações dos direitos fundamentais (direitos individuais e direitos sociais); se há direitos individuais, no sentido de próprio do indivíduo isolado, e direitos sociais, no sentido de próprio à sociedade como um todo, sem essa propriedade do indivíduo? Para Barzotto, a doutrina liberal clássica colocou o homem como possuidor de direitos, isoladamente, antes de se relacionar na sociedade: “Robinson Crusóé tem direitos em sua ilha”⁴, o que nos sugere a crença em uma denominação própria (direitos individuais) para uma época própria e com uma doutrina própria. Contudo, é de todo importante saber se essa denominação, originada a partir de um contexto social, político e ideológico “x”, ainda cabe na atualidade, a ponto de se manter uma diferenciação entre os direitos fundamentais “a” e “b”.

³ Apesar das classificações dos direitos fundamentais, segundo a função, em direitos de defesa e prestacionais, ex: SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais, e FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor: 1996. p. 82-92, a atribuição meramente de uma função aos direitos fundamentais vem sendo superada pela defesa de uma interdependência dos direitos fundamentais: CLÈVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito, jan/mar, v. 54, p 28-39, 2006; ARANGO. Rodolfo. Direitos Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre. Livraria do Advogado: ESMPI, nº 56, p. 125 – 138, set/dez, 2005. Edição temática: “Os Desafios dos Direitos Sociais”. Destaque se faz a posição de Sarlet, que embora classifique os direitos fundamentais em de defesa e prestacionais, reconhece que a dimensão negativa (defensiva) dos direitos fundamentais não pode ser reduzida à noção de direitos individuais ou direitos de liberdade, já que - pelo menos de acordo com o critério de titularidade – os direitos sociais também são, em primeira linha, individuais (o seu titular é cada pessoa humana). SARLET. A Eficácia dos direitos fundamentais, p. 226.

⁴ BARZOTTO, Luís Fernando. Os Direitos Humanos como Direito Subjetivo: da dogmática jurídica a ética. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre. Livraria do Advogado: ESMPI, nº 56, p. 125 – 138, set/dez, 2005. Edição temática: “Os Desafios dos Direitos Sociais”. p. 48.

As primeiras classificações dos direitos fundamentais mencionam gerações⁵ de direitos, numa alusão a sua historicidade. Atualmente, temos na doutrina uma seqüência de gerações de direitos humanos e fundamentais: há direitos de primeira, segunda, terceira e até quarta geração. Conforme a época de revelação ou constituição,⁶ são atribuídas denominações aos direitos humanos e fundamentais, considerando os contextos social e histórico que impulsionaram sua defesa e positivação, em declarações universais e em textos constitucionais, como direitos fundamentais ao homem. As gerações dos direitos se sucedem num “processo cumulativo”, segundo Bonavides⁷, não se excluindo, mas se complementando, formando um todo que ampara a dignidade do homem no meio social.

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos civis e políticos, os chamados direitos individuais de liberdade, dentre eles, a liberdade de contratar e de dispor da propriedade como aprouver a seu titular. A referência histórica desses direitos é a emancipação do indivíduo perante o Estado, o fim da sujeição do indivíduo a um ente estatal incontrolável por leis e incontrolado nos atos de seus governantes. Surgem com a idéia de direitos naturais que afirmam a existência de um espaço privado natural do indivíduo, que se conserva a despeito da criação de uma sociedade civil e de uma organização política pelo Pacto Social.⁸

⁵ Há autores que preferem utilizar o termo “dimensões” em vez de “gerações”, por entenderem que este termo pode passar a idéia de exclusão de uma geração de direitos por outra. SARLET, Ingo Wolfgang, A Eficácia dos direitos fundamentais, p. 58. Bonavides já se pronunciou favorável ao termo “dimensão”, por entender que “geração” sugestiona a idéia de “apenas sucessão cronológica.” BONAVIDES. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 6ª ed. revista, atualizada e ampliada. Malheiros Editores: São Paulo, 1996. p. 525.

⁶ A diferença entre revelação e constituição dos direitos humanos se dá entre jusnaturalistas e positivistas, se não for de todo em desuso o termo jusnaturalismo para os que defendem uma postura evidente historicamente dos direitos do homem. Os jusnaturalistas entendem os direitos humanos como inerentes à condição humana, revelados historicamente, que valem independente de decisões políticas. No Brasil, Barzotto, para quem “os direitos humanos se revelam na história”. BARZOTTO. Os Direitos Humanos como Direito Subjetivo: da dogmática jurídica a ética. p. 82; Reale fala em “determinadas constantes axiológicas” que se objetivam na experiência histórica. REALE, Miguel. Lições preliminares do direito. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 313/314; Dworkin, nos E.U.A., entende que “os indivíduos podem ter direitos contra o Estado, anteriores aos direitos criados através da legislação específica”, quando não há uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que desejam ter ou fazer ou para lhes impor alguma perda ou dano. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. xiii e xv. Os positivistas só admitem direitos constituídos através de decisões políticas, não havendo mais nada juridicamente assegurado ao homem antes disso. HART, Herbert. O Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994; KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998; BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro, Campus, 1992. p. 15 e 16, ao se referir aos direitos humanos como coisas desejáveis, “fins que devem ser perseguidos”. Não nos deteremos nesta discussão, por não ser objeto deste trabalho; as obras apresentadas remetem o leitor para uma discussão mais detalhada do assunto.

⁷ BONAVIDES. Curso de Direito Constitucional, p. 517. O autor é um dos defensores da existência de direitos fundamentais de quarta geração. Ex: direito à democracia, à informação e à paz. Ibid., p. 524.

⁸ Tratamos de forma diferenciada a organização social civil - indivíduos reunidos e organizados segundo padrões de conduta aceitos por todos, presumidamente ao menos – e a organização estatal – ente criado para a governabilidade do Pacto Social.

As concepções contratualistas de formação de uma sociedade pactuada pela vontade das partes e organizada pelo direito seguem do absolutismo monárquico e culminam com o liberalismo, no século XVIII. Segundo a visão contratualista liberal, o indivíduo se liberta do estado de natureza pela construção de uma ordem civil, mas mantém seus direitos naturais, ou seja, um espaço natural de liberdade que se firma perante a organização que surge a partir do Pacto e a ela se contrapõe, exigindo o máximo de proteção do indivíduo contra o Estado, o qual não pode interferir nas relações privadas entre os indivíduos.⁹

A idéia que se forma em torno dos direitos humanos e fundamentais do homem é a de direitos individuais e pré-existentes à própria socialidade, os quais o indivíduo possui por sua condição humana, ainda que isolado de outros indivíduos, e que se conservam apesar da formulação de um Pacto Social criador de novos parâmetros de relacionamento entre eles. Para Locke, os direitos humanos são direitos inerentes à própria natureza humana; a natureza humana condiciona o homem ao exercício da liberdade e à propriedade.¹⁰ Ora, se tais direitos são pré-existentes à socialidade e à estatalidade, eles são individuais, são direitos do homem, independente do pertencimento a um agrupamento humano organizado e mais ainda, contra a própria organização estatal, exigindo desta uma inação frente a esses direitos e garantias de defesa do indivíduo perante a organização estatal.

Como direitos individuais e pré-existentes, sua titularidade é certa: o indivíduo, sendo sua eficácia premente, uma vez que basta a inação estatal para realizá-los, deixando intacta a esfera privada, ou, em caso de invasão da esfera privada individual, basta desfazer o ato antes inexistente, retirando-o do mundo dos fatos. Essa é a idéia de direitos fundamentais ao homem do liberalismo, como assinalamos, de uma época própria, em um contexto fático e ideológico próprio. Mas será que podemos hoje falar em direitos de liberdade essencialmente individuais e pré-existentes à socialidade, cuja garantia se dá apenas pela inação estatal, conservando aquele espaço de existência do direito intacto ou pelo simples desfazimento do ato que invadiu esse espaço natural de liberdade?

⁹ Cabe aqui destacar a afirmação de Santos, ao comentar a idéia de “vontade geral de Rousseau”, de que “o exercício mais elevado da regulação é o exercício mais elevado da emancipação”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 131.

¹⁰ Para Locke, a propriedade tem uma extensão que abrange o próprio corpo: “O trabalho do seu corpo e a obra de suas mãos, pode dizer-se, são propriamente dele”, do homem (acréscimo nosso). LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 45. Coleção “Os pensadores”. Entre os pensadores da época, destacamos Locke, que defendeu uma concepção mais suave do estado de natureza. Sendo um liberal, faz o caminho oposto a HOBBS, defendendo o indivíduo contra o Estado. Entende que os homens em estado de natureza possuem direitos naturais e que convencionam o estado civil para melhor organizar sua vida social, no entanto, conservam parte desses direitos, que lhes são fundamentais, por serem naturais, contra o Estado, elegendo uma esfera de atuação do indivíduo que o Estado não pode invadir.

Difícil pensar hoje em exercício das liberdades que passem apenas pela inação estatal ou da sociedade, se não que esses direitos exigem também uma atuação, um agir do Estado e da sociedade que possibilite aos cidadãos ter capacidade de exercício e gozo de suas liberdades. Por isso, a denominação de direitos fundamentais como individuais, tendo influenciado toda uma doutrina em torno da eficácia direta e imediata destes como direitos de defesa, já não pode subsistir nos mesmos parâmetros antes formulados, respondendo à indagação do parágrafo anterior. O termo “direitos de defesa” é curto demais para a expansão de seu sentido.

No contexto do liberalismo clássico, a visão de direitos individuais independentes parece isenta de reparos, porém, ainda mesmo sob as luzes do século XVIII, podemos observar a preocupação relacional dos direitos humanos e fundamentais, a propensão à socialidade, importando no reconhecimento da importância da harmonia social dos direitos de liberdade e propriedade, o que ressalta sua dimensão moral e ética.¹¹ Locke, por exemplo, já defendia que o acesso à propriedade privada deveria se dar pelo trabalho, afirmando que Deus havia dado terras em abundância ao homem para seu usufruto comum, permitindo sua apropriação pelo trabalho, porém em proporções limitadas, de forma a não prejudicar outro homem:

Nenhum trabalho do homem podia tudo dominar ou de tudo apropriar-se, nem a fruição consumir mais do que uma pequena parte, de sorte que era impossível para qualquer homem, dessa maneira, usurpar o direito do outro ou adquirir para si uma propriedade em prejuízo do vizinho.

[...]

Embora os homens tivessem o direito de se apropriar, pelo trabalho [...] não poderia isto ser demasiado, nem em prejuízo de terceiros.¹²

A proporção da terra ao trabalho e à necessidade de cada homem, exemplificado em Locke,¹³ nos coloca que os direitos humanos e fundamentais individuais, consagrados na

¹¹ Encontramos essa visão em trabalho de LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e Propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

¹² LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. p. 49.

¹³ Além de Locke, podemos citar também Kant, que, centrado na liberdade e na autonomia do indivíduo, propugnava pela co-existência das liberdades ao afirmar que o homem só é livre quando refreia sua liberdade ilimitada e feroz do estado de natureza pela consideração da liberdade do outro; só há liberdade de um se houver liberdade de todos. “Não basta que atribuamos liberdade à nossa vontade, seja porque razão for, se não tivermos também razão suficiente para atribuímos a todos os seres racionais.” KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, LDA, 2000. p. 95. A formulação teórica de Kant de que minha liberdade implica na minha não liberdade para coexistir com a liberdade do outro e ao mesmo tempo eu ser livre deixa bem clara a preocupação com o homem e suas relações com os outros, a preocupação com a co-existência livre entre os homens em sociedade. Podemos citar, também, ainda que no campo da economia, Adam Smith, o qual pregava a necessidade de um empenho conjunto do grupo social para o bem de

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a partir da Revolução Francesa (1789), e na Declaração de Independência das Colônias Inglesas da América do Norte (1776), possuem a dimensão da socialidade, na medida em que o abuso da liberdade e da propriedade e a exacerbação do interesse próprio prejudicam a harmonia social natural.¹⁴

No entanto, na prática, o Estado liberal se desenvolveu bem diferente dos ideais naturalistas de harmonia social – consideração do outro como limite intrínseco aos seus direitos. A positivação dos direitos humanos e fundamentais e a codificação posterior dos direitos privados desenvolveram a idéia de que apenas o reconhecimento formal dos direitos era capaz de garantir o efetivo exercício dos direitos de liberdade e propriedade por parte de todos os membros da sociedade.

Esse reconhecimento apenas formal dos direitos acabou absorvendo a base ética e moral do pensamento que inspirou a formação do Estado moderno liberal, dimensão esta que só veio a ser resgatada, corroborando Barzotto, com a doutrina moderna dos direitos do homem, no século XX, a qual concebe os direitos humanos como o que a cada indivíduo é justo exigir da comunidade a que pertence como direito. Ao criticar a doutrina que coloca os direitos humanos em termos de direitos subjetivos, segundo a dogmática jurídica, o autor desfaz a dicotomia entre direitos humanos individuais e sociais, destacando que a efetividade dos direitos humanos como um todo depende muito mais do reconhecimento da humanidade do outro, que ele chama de co-humano, do que do reconhecimento do que a norma estabelece como direito:

A dogmática jurídica, bem como a doutrina moderna dos “direitos do homem” (séculos XVII-XIX) contrastam com a doutrina contemporânea dos direitos humanos (séculos XX-XXI). Se assumirmos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, como paradigma dessa última conquista, veremos

todos, entendendo que somente a contribuição de todos os indivíduos de uma sociedade pode levar essa sociedade ao desenvolvimento, ainda que esse empenho se tenha indiretamente pelas consequências da defesa de seus próprios interesses. Quando Smith afirma que “não é da bondade do homem de talho (açougueiro), do cervejeiro ou do padeiro que podemos esperar nosso jantar, mas da consideração em que eles têm o seu próprio interesse. Apelamos não para a sua humanidade, mas para o seu egoísmo.” (SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Tradução Teodora Cardoso e Cristóvão de Aguiar. 3ª ed. v. I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 95.) está afirmando a crença numa harmonização social, ainda que advinda do interesse próprio de cada um. Essa harmonização se dava de forma natural, advinda da troca de interesses, pois Smith acreditava que os homens são conduzidos por “uma mão invisível” a fazerem o bem, mesmo quando não o intencionam. Porém, como bem coloca Pessoa, “a tese de que se alcança a justiça se os indivíduos são livres para interagir em sociedade tem como pressuposto o fato de que todos os particulares interagem, em princípio, em situação de igualdade de condições” (PESSOA, Leonel C. *Os Paradigmas Jurídicos e a Relações entre Política e Direito*. *Revista de Direito Administrativo*, nº 232, abril/junho, p. 115-131, 2003. p. 119), situação que efetivamente não se constata na sociedade marcada pelo liberalismo.

¹⁴ “Natural” porque a harmonia social, para os teóricos Locke, Kant e Adam Smith se dava de forma natural, pois tinham confiança numa ordem natural das coisas para assegurar a harmonia social.

que a referência à comunidade é essencial para a compreensão dos direitos das pessoas: “Todo homem tem deveres para com a comunidade na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”(art. XXIV, 1). O lugar da realização dos direitos é a comunidade, sendo os direitos humanos, portanto, uma *relação* que se tem com os demais membros da comunidade. Nesse sentido, a doutrina dos direitos humanos é antitética à doutrina liberal dos “direitos do homem”. Para esta, a referência na determinação dos direitos é o estado de natureza, a situação pré-social. Os direitos servem para reproduzir no estado de sociedade o mesmo isolamento do estado de natureza.¹⁵ (destaques do autor)

A exacerbação dos direitos individuais numa ideologia de Estado abstencionista, liberal e de indivíduo autônomo, guiado pela liberdade e vontade, implicara, na realidade, em abusos. No campo jurídico, os direitos positivados e assegurados por uma doutrina interpretativa estreita adotada pela Escola da Exegese, na França, são levados às últimas conseqüências, sem qualquer pretensão de uma finalidade social. “Nesse contexto, cogitar de uma suposta finalidade social do direito subjetivo era algo que não fazia nenhum sentido.”¹⁶

Imperava o formalismo legal: direitos tinham seu fundamento na validade da lei, sem nenhuma pretensão de valor moral. Surge daí a idéia de direito subjetivo como poder absoluto, que reservava a seu titular o uso conforme seu benefício, sem qualquer preocupação com seus efeitos sociais. O gozo dos direitos humanos, fundamentais e privados ficou, então, reservado a uma classe social dotada de riquezas materiais.

A degradação nas relações do trabalho, em plena Revolução Industrial, no século XVIII, de “exploração impune”¹⁷ do homem pelo homem, evidenciava uma realidade social de desigualdade real entre os homens: ricos e pobres, intransponível do ponto de vista do indivíduo sozinho. Contra essa senda social, que o direito do liberalismo, pela rigidez da interpretação dos códigos legais, só contribuía para aprofundar, iniciam-se movimentos sociais, ideológicos e teóricos¹⁸ que denunciavam a existência de um fosso social entre os

¹⁵ BARZOTTO. Os Direitos Humanos como Direito Subjetivo: da dogmática jurídica a ética, p. 48/49. A referência acima feita a Barzotto não nos faz aderir a sua crítica ao tratamento dogmático dos direitos humanos como direitos subjetivos. É justamente a afirmação de direitos subjetivos a partir de direitos fundamentais sociais positivados, tais quais os já afirmados direitos subjetivos a partir dos direitos fundamentais individuais positivados que objetiva nosso trabalho. As formulações de Barzotto trazidas a este trabalho apenas visam sustentar nossa concepção de indiferença entre os direitos fundamentais individuais e sociais, posto que todos os direitos humanos e fundamentais na atualidade objetivam a realização do indivíduo na sociedade. Ademais, para nós, o justo a se exigir foi positivado na Constituição do Brasil: moradia, saúde, trabalho, etc.

¹⁶ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. Empresa e Propriedade: função social e abuso de poder econômico. p. 59

¹⁷ Termo utilizado por Bonavides ao afirmar que o Estado Social despoja a burguesia do privilégio de exploração sem culpa dos trabalhadores. BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.189.

¹⁸ Comte, com seu positivismo sociológico, defendia a mudança pela reorganização social, formulando um sistema social a partir de estudos das leis sociais. Afirma que o homem propriamente não existe e que todo desenvolvimento da humanidade é devido à sociedade. Durkheim não extrema, como Comte, em fazer a

homens, propugnando por uma igualdade fática e uma melhor distribuição das riquezas sociais.

Esses movimentos defendiam o favorecimento de condições materiais de existência a todos os indivíduos, que possibilitassem o real gozo das liberdades humanas fundamentais. A constatação de que o homem sozinho não se estabelece como igual parece outra evidência a abalar as bases da liberdade e autonomia humanas do liberalismo, exigindo a intervenção do Estado nas relações entre indivíduos, com o objetivo de torná-las mais justas e humanizadas.

Marx faz a crítica do homem alienado pelo individualismo, distante de sua relação com a natureza e com a sociedade, acusando o liberalismo burguês de negar ao homem a liberdade que lhe prometera e que lhe é tão cara, escravizando-o numa sociedade industrializada, que tornava cada vez maior a diferença entre a opulência dos detentores dos meios de produção e a opressão aos trabalhadores. Estes nada tinham além de força de trabalho, desvalorizada por sua abundância no mercado, onde a lei que imperava era a da “oferta e procura”, sempre em prejuízo das demandas de trabalho, em demasia se comparadas à procura por mão-de-obra.

A crítica de Marx é uma crítica de visão do real, do que faticamente acontecia nas relações sociais e trabalhistas do século XVIII. Fazendo um percurso pelas sociedades antigas e medievais, Marx afirma que a história da humanidade é a história da diferença e da luta de classes e que a sociedade burguesa moderna manteve essas diferenças, apenas colocando novas classes sociais - burguesia e proletariado - em lugar de outras e criando novas condições de opressão e novas formas de luta.¹⁹ Com base também nas conseqüências factuais da industrialização, vistas a olho nu na sociedade da época, tais como a concentração urbana de trabalhadores, vislumbrou a possibilidade de uma mudança radical na estrutura da sociedade burguesa: a sucessão do poder da burguesia pelo do operariado.

O materialismo histórico de Marx se assenta na idéia de que as relações de produção estruturam a sociedade e determinam a cultura, a política e a consciência social e que somente uma revolução, a qual levaria a classe operária ao poder, pondo fim à propriedade privada,

personalidade individual se diluir na coletividade, propondo uma conciliação do social com o individual. A solidariedade das sociedades moderna é “orgânica” advinda da divisão do trabalho. Stuart Mill defende o princípio da igualdade e relaciona a liberdade com a realização substantiva de todos os homens e não de uma minoria apenas, na busca, pelo utilitarismo, da felicidade geral. Mostrou que o socialismo não era a antítese, mas a necessária e nova etapa do liberalismo. Ihering traz a idéia de que o direito deve atender aos fins sociais, sustentando que a validade de uma regra jurídica não está na forma de sua elaboração, mas no cumprimento da finalidade que visa atender. Maiores considerações em LOPES, Ana Frazão de Azevedo *Empresa e Propriedade: função social e abuso de poder econômico*. p. 88-114.

¹⁹ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O Manifesto Comunista*. Trad. Maria Lúcia Como. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002. p. 09 e 10.

libertaria o homem da alienação a que foi submetido pelo individualismo extremo. Diferente era o pensamento da igreja católica e dos revisionistas alemães,²⁰ que pregavam a mudança social pela reformulação do Estado e da sociedade.

A Igreja católica, ao pregar contra o nível de exploração humana, uns pelos outros, defendia mudanças na questão social que se apresentava, porém sem o radicalismo²¹ das idéias socialistas, manifestando-se a favor de uma concepção intervencionista do Estado para o fim da situação de exploração. Atuava a Igreja através das Encíclicas Papais, sendo a de maior repercussão a Encíclica *Rerum Novarum* (1891), do Papa Leão XIII, pela qual expressou, com todas as letras, a necessidade de uma sóbria intervenção do Estado nas relações entre os indivíduos.

Para a Igreja e parte dos teóricos moderados da finalidade social das relações, a solução dos problemas estava no consenso das classes e não na subjugação de uma à outra. A idéia da Igreja era de manutenção da propriedade privada com atenuação da situação degradante em que se encontrava a classe operária: para os trabalhadores, pregava o cumprimento fiel de suas atividades no trabalho, que “livre e equitativamente contratou,”²² a atuação sem violência e não causar prejuízos ao capital; para os patrões, pregava não tratar como escravos os trabalhadores, não exigir destes tarefas superiores às suas forças, respeitar a dignidade da pessoa humana e pagar salários que possibilitassem uma vida com honra.²³

Podemos resumir as duas concepções da seguinte forma: o socialismo propugnava pela igualdade efetiva entre os homens, no sentido de que todos tivessem igual autonomia para ser parte nas relações de trabalho; Igreja e socialistas moderados propugnavam apenas pela diminuição das desigualdades sociais, proporcionando melhor posição dos menos favorecidos. O primeiro é refratário ao sistema capitalista; os segundos convivem pacificamente com o capitalismo reformulado.

A tese que prevaleceu nos países ocidentais foi a do socialismo moderado, com a formação do Estado social voltado a representar uma providência para os trabalhadores,

²⁰ Para Bonavides, os revisionistas alemães do marxismo, que fundaram a social-democracia na Alemanha, propugnavam por um Estado social, não socialista, com “uma orientação política que pretende chegar ao socialismo por uma via democrática, criando previamente as condições propícias a essa transição política”[...] “importando, pelo menos da parte da burguesia, o reconhecimento de direitos ao proletariado”. BONAVIDES. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 185.

²¹ A palavra “radical”, em Marx, ou o “radicalismo de suas idéias” não tem qualquer sentido pejorativo, como veio portar após as revoluções socialistas ou tentativas, quando os movimentos de direita denominaram de “radicais”, em alusão à desordem social, as pessoas que portavam idéias de mudança social.

²² O grifo é nosso para destacar que era justamente a falta de meios materiais que impedia uma decisão livre e equitativa das partes numa relação contratual de trabalho, situação que o socialismo denunciava.

²³ Encíclica *RERUM NOVARUM*, do Papa Leão XIII. Sobre a condição dos operários, p. 07/08. Disponível em: <<http://www.vatican.html>>. Acesso em: 26.09.2007.

intervindo na liberdade de empresa, na propriedade privada, na liberdade de contratar e de trocas, com o fim de humanizar as relações sociais. O Estado social, então, a partir da idéia de liberdade pelo Estado e não contra o Estado, passou a reconhecer uma série de direitos que se voltam a proporcionar ao homem condições materiais de gozar substancialmente das liberdades que lhes são dispostas. É daí que se inscrevem nas Constituições dos países ocidentais²⁴ os direitos dos trabalhadores e outros direitos sociais, tais como à saúde, à educação, à cultura, etc.

É no contexto histórico acima descrito que se reconhecem os direitos sociais como os direitos de “todas as classes”,²⁵ direitos que efetivamente se estendem a todos os indivíduos de uma sociedade: a liberdade, por exemplo, para ser gozada por todos, depende de condições materiais para usufruí-la. Dessa forma, podemos concluir que os direitos individuais acabaram por se identificar com uma classe social – a burguesia - enquanto os direitos sociais seriam, então, os direitos de todas as classes, de todos os indivíduos em sociedade, os direitos que impulsionariam a sociedade rumo à igualdade social.

Essas explanações nos esclarecem o porquê das denominações, por isso sustentamos que as diferentes denominações se assentam em diferentes momentos históricos de reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais. Os direitos humanos e fundamentais individuais não são direitos de um contra todos, do indivíduo contra a sociedade, e os direitos humanos e fundamentais sociais não são direitos de todos contra um, não são da sociedade contra o indivíduo, mas tanto os direitos individuais como os sociais são parcelas fundamentais do que cada um pode exigir dos demais e parcelas fundamentais do que cada um tem como dever de prestar aos demais.

No entanto, as diferentes matrizes históricas acabaram por ser referências para atribuição aos direitos fundamentais de diferentes funções: aos individuais de liberdade se atribuiu a função de defesa, por exigir a proteção contra o Estado, e aos sociais, a função prestacional, por exigir condições materiais de existência pelo Estado, como meio de promoção da igualdade social.

Coube à doutrina verificar, pelo objeto que encerra - prestação -, que os direitos fundamentais sociais prestacionais estão estruturados em normas vagas e abertas, indicando

²⁴ Primeiramente, na Constituição do México (1917) e na Constituição de Weimar (1919), apesar de toda a doutrina constitucionalista reservar a esta última uma maior repercussão desses direitos, pois a Alemanha realmente implementou um Estado Social.

²⁵ O grifo tem o objetivo de destacar a idéia de que os direitos individuais no liberalismo eram dos liberais burgueses, já que a classe operária não tinha meios materiais para usufruir das liberdades. Bonavides, assentado em Lorenz von Stein, utiliza o termo para afirmar que o Estado Social enfraquece o controle burguês, passando a ser um Estado conciliador e pacificador de conflitos entre o capital e o trabalho. BONAVIDES. Do Estado Liberal ao Estado Social. p. 185.

muito mais um programa para a realização do direito em si do que o próprio direito, defendendo-se a necessidade uma intermediação legislativa e/ou executiva para sua definição. Apresenta-se, dessa forma, uma concepção dos direitos fundamentais sociais prestacionais sob mera perspectiva objetiva, até chegar-se a aceitação atual de uma subjetividade, mas apenas no aspecto negativo, como veremos adiante.

As funções de defesa e prestacional, entretanto, só se justificam se a liberdade é pressuposta e as condições materiais de existência postas. Mas, se a liberdade já não é mais pressuposta se não que também posta pelas condições materiais de existência e, por outro lado, se as condições de existência são pressupostas, os direitos sociais necessitam de defesa e as liberdades, de prestações; há uma integração das posições e os direitos fundamentais acabam por assumir a única função de realizar o indivíduo em sociedade, pois “o indivíduo não é já o sujeito isolado da teoria individualista, portador de direitos negativos ou defensivos; mas um ser socialmente situado, isto é, inserido numa comunidade, na qual constrói sua personalidade.”²⁶

É de todo necessário, então, deixar clara a dificuldade de se pensar, na sociedade contemporânea, a liberdade como algo apenas pressuposto, se não que também posta pelas condições materiais de existência, pois liberdade sem condições de gozo é o mesmo que não liberdade. Por outro lado, as condições materiais de existência também podem ser pensadas como pressupostas, pois, uma vez postas, passam a ser pressuposto para se exigir garantias jurídicas para defesa de sua manutenção.

Por isso, temos que os termos já não comportam as mudanças na face dos direitos, posto que todos os direitos fundamentais são direitos que objetivam a realização do indivíduo na sociedade, tendo sua integração no Estado social democrático de direito, paradigma contemporâneo de Estado que supera a dicotomia do homem como ser individual e social²⁷ e se distingue do “Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos de personalidade,”²⁸

A idéia, então, é superar os pré-conceitos que se formaram a partir da classificação dos direitos em individuais e sociais, assumindo que todos os direitos humanos e fundamentais são, ao mesmo tempo, individuais e sociais, pois sua titularidade é do indivíduo e o seu gozo deve considerar as repercussões sociais. Os direitos individuais eram individuais

²⁶ QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justicialidade. In: Interpretação Constitucional. SILVA, Virgílio Afonso da (org). São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 170.

²⁷ Pela teoria do personalismo, o homem é tanto um ser social como um ser individual. MESSNER, Johannes. Ética Social. São Paulo: Quadrante. p. 127.

²⁸ BONAVIDES. Do Estado Liberal ao Estado Social. p. 204.

num contexto em que se elaborava uma proteção do indivíduo contra o Estado absolutista; sociais porque mudava a configuração social, de predominância da sociedade (indivíduos reunidos com propósito) sobre o indivíduo particularizado em seus interesses, exigindo um melhor ajuste da sociedade com vistas a torná-la mais justa.

No Estado democrático de direito, esvazia-se essa distinção entre individual de defesa e social prestacional. O contexto contemporâneo social exige uma atuação tanto negativa como positiva nas várias gerações de direitos. Todos os direitos humanos e fundamentais objetivam a realização do indivíduo em sociedade e a tarefa de favorecer a realização do indivíduo no social não é possível apenas com a perspectiva de defesa, exigindo uma atuação também positiva para o efetivo exercício dos direitos fundamentais.

As funções de defesa e prestacional são apenas funções imediatas, pois os direitos fundamentais, todos eles, tendo a função de realizar o indivíduo em sociedade, ora será necessário observá-los na sua perspectiva de defesa, ora na sua perspectiva prestacional. Então, o que poderia diferenciar um direito fundamental de outro não é sua qualificação de individual ou social, concreto ou programático, de defesa ou prestacional, mas sua indispensabilidade à dignidade humana.

1.2 A interdependência dos direitos fundamentais e suas funções

Como exemplificação de que os direitos fundamentais, todos eles, exigem uma atuação tanto negativa como positiva dos sujeitos de dever, podemos perguntar: em que consiste o direito à vida?²⁹ A pergunta é emblemática, cuja resposta sustenta a interdependência dos direitos fundamentais e desfaz a diferença a que ainda se apega a doutrina para separar os direitos fundamentais, segundo sua função, em direitos com função de defesa (negativa) e direitos cuja função é exigir uma prestação (positiva), sendo esta última motivo de negação de efeitos plenos aos direitos fundamentais sociais prestacionais.

Uma boa resposta à pergunta posta encontramos em decisão da Corte Interamericana dos Direitos Humanos sobre a situação de crianças de rua:

O direito à vida implica não apenas a obrigação negativa de não privar ninguém da vida de modo arbitrário, mas também a obrigação positiva de adotar todas as medidas necessárias para assegurar que os direitos fundamentais não sejam violados [...] A privação arbitrária da vida

²⁹ Poderíamos ter escolhido qualquer direito fundamental à liberdade ou direito político, que os resultados seriam os mesmos, mas escolhemos o direito à vida por ser pressuposto da existência humana, condição de possibilidade para os direitos humanos.

não é limitada, portanto, ao ato ilícito do homicídio; ela se estende igualmente à privação do direito à vida como dignidade. Essa perspectiva conceitua o direito à vida como pertencendo, ao mesmo tempo, ao domínio dos direitos civis e políticos e aos direitos sociais, econômicos e culturais, iluminando assim a inter-relação e a indivisibilidade dos direitos humanos.³⁰

A mesma idéia encontramos em Sen, quando defende o desenvolvimento como liberdade e tem a fome como uma forma de privação das liberdades, que limita e, muitas vezes, aniquila a autonomia individual. Para o autor, “a condição de agente de cada um é inescapavelmente restrita e limitada pelas oportunidades sociais [...] de que dispomos. Existe uma acentuada complementariedade entre condição de agente individual e as condições sociais.”³¹ Em termos claros, as condições sociais para melhor ou para pior são possibilidades de uma maior ou menor autonomia individual – capacidade do homem de conduzir com liberdade seus próprios destinos.

Para Sen, a privação da liberdade pode surgir em razão de “oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares, como capacidade de escapar da morte prematura, morbidez inevitável ou fome involuntária).”³² O autor destaca que existe uma relação de mão-dupla entre a liberdade individual e as disposições sociais: o uso das liberdades individuais serve “não só para melhorar a vida de cada um, mas também para tornar as relações sociais mais apropriadas e eficazes.”³³ Em contrapartida, as condições sociais, como acima enfatizamos, são condições de possibilidades para o usufruto das liberdades. Há, pois, uma ponte necessária entre liberdades individuais e direitos sociais.

O mesmo observa Torres entre a idéia de mínimo existencial e liberdade fática, o mínimo existencial como possibilidade real de usufruto da liberdade.³⁴ Segundo o autor, embora a lei considere todos iguais quanto à distribuição dos direitos à liberdade, somente se pode falar em igualdade no usufruto dessas liberdades se todos tiverem condições mínimas materiais para o gozo real da liberdade. Torres entende, com isso, que a falta de meios materiais básicos elimina do indivíduo a possibilidade de exercício da liberdade e dos direitos

³⁰ Passagem encontrada em ARANGO, Rodolfo. *Direito Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia*. p. 101.

³¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. 3ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 10

³² *Ibid.*, p. 31.

³³ *Ibid.*, p. 46.

³⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 42, p. 69-78, 1990. p. 69.

humanos, podendo-se postular do Estado pretensões positivas mínimas de assistência social como condição para a liberdade.

Vemos, com o autor, que o direito à liberdade do indivíduo só se efetiva com a prestação estatal de condições mínimas de vida material, ou diretamente (quando o particular não possui condições de acessá-las por conta própria), ou indiretamente, através da promoção de possibilidades de acesso a tais condições. Para Torres, as condições mínimas de existência são o que favorecem as condições iniciais das liberdades, sendo os pressupostos materiais para seu exercício. “A liberdade de expressão, por exemplo, só se afirma se as pessoas souberem ler e escrever, donde se conclui que o ensino da leitura e da escrita (direito prestacional) é mínimo existencial.”³⁵(acréscimo nosso)

Sarlet também assume a idéia de interdependência dos direitos fundamentais, mesmo que faça sua classificação dos direitos fundamentais, segundo a função predominante em cada direito, em direitos de defesa e prestacionais. Ao se referir ao mínimo existencial, defende-o como condição fundamental para uma vida digna³⁶, postulado fundamental por excelência. O mínimo existencial, para o autor, implica em condições materiais que estabelecem uma vida digna, condições que não só impedem a destruição da vida por falta de meios materiais para a sobrevivência, mas que possibilitem uma existência condigna para “todos e para qualquer um”. Em Sarlet, a idéia de condições materiais de existência para o exercício dos direitos, ultrapassa a idéia de manutenção da sobrevivência, assentado-se na garantia de condições mínimas para uma vida condigna.

A idéia de condições materiais para a efetivação dos direitos fundamentais do homem não é nova. Aliás, foi essa idéia que fundamentou as lutas em prol dos direitos sociais, de condições materiais de existência para o gozo das liberdades. Os movimentos socialistas, ao tempo em que denunciavam a situação de miséria em que se encontravam os trabalhadores no século XVIII e XIX,³⁷ propugnavam por uma liberdade substancial, que

³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. SARLET, Ingo Wolfgang (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 05.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: *Direitos fundamentais : estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). SARLET, Ingo Wolfgang (respons). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 27.

³⁷ Não podemos dizer que essas formas de exploração foram extirpadas nas sociedades do século XXI, principalmente nos chamados países do terceiro mundo. Dados da Organização internacional do Trabalho - OIT - dão conta da existência de 12,3 milhões de pessoas vítimas de trabalho forçado em todo o mundo, sendo que os países da Ásia e do Pacífico são responsáveis por uma cota de mais de 80% desse número, e os países da América Latina e Caribe contribuem com mais de 10%. Há também segundo a OIT, mais de 200 milhões de crianças vítimas do trabalho infantil, sendo que mais da metade se encontra no que se chama de “piores formas”, entre elas a exploração sexual.

somente poderia ser gozada se o homem possuísse meios materiais para viver dignamente e ter opções de escolha.

A liberdade dos liberais deixava os homens à mercê de seu destino, o que tornava evidente a dependência humana de condições que só o conjunto social era possível proporcionar. Passa-se daí da liberdade perante o Estado para a liberdade pelo Estado. O indivíduo necessita do conjunto social, através da intermediação do Estado, para se realizar em seu meio e as condições materiais de existência são imprescindíveis para essa realização, que inclui se ter, efetivamente, liberdade.

Partindo da concepção de que os direitos fundamentais de liberdade e políticos e os sociais prestacionais³⁸ se integram, um consubstanciando no outro ou consubstanciando o outro, difícil é imaginarmos um direito de liberdade que não requeira uma atividade positiva estatal que não tenha uma dimensão prestacional; de outra linha, os direitos fundamentais sociais prestacionais também exigem situações de defesa. Os direitos de liberdade exigem muito mais que meras abstenções estatais para se efetivarem, exigem medidas que proíbam a exploração do ser humano, medidas para libertar trabalhadores em condições análogas à de escravo, como ocorre, por exemplo, no Brasil. Na esteira do pensamento de Sen, os trabalhadores, em nosso país, entram na cadeia do trabalho escravo, submetendo-se à exploração, por absoluta falta de alternativas sociais de sobrevivência.

Nessa linha de pensamento e na defesa de que todos os direitos fundamentais têm um custo, inclusive os conhecidos por direitos fundamentais de defesa, não somente os sociais prestacionais, Abramovich e Courtis, baseados nas idéias de Fried van Hoof, apontam três níveis de obrigações estatais para tornarem efetivos os direitos fundamentais, sem que se faça qualquer diferença entre os direitos civis e políticos (direitos de defesa) e os direitos sociais prestacionais (direitos prestacionais). São as obrigações de respeito, de proteção e de satisfação.³⁹

³⁸ Fazemos aqui a ressalva de que as diferentes denominações são históricas e que as mantemos porque necessitamos denominar as coisas para clarificar as idéias.

³⁹ Van Hoof apresenta quatro níveis de obrigação: obrigação de respeito - obrigação do Estado de não fazer ingerência, impedir ou obstaculizar o gozo dos bens objetos do direito; obrigação de proteger - é a obrigação do Estado de impedir que outros (terceiros) façam ingerências, impeçam ou obstaculizem o acesso aos bens objeto do direito; obrigações de assegurar - obrigação do Estado em assegurar o acesso ao bem quando o particular não possa fazê-lo por si mesmo - e obrigação de promover - dever que o Estado tem de promover condições de acesso ao bem objeto do direito. Cf. em ABRAMOVICH e COURTIS, Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 135-167. p. 140/141. Porém, Abramovich e Courtis preferem trabalhar como três níveis: obrigações de respeito, de proteção e de satisfação, sendo que esta última incorpora as obrigações de assegurar e promover de Van Hoof. ABRAMOVICH e COURTIS. Los derechos como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p.31.

O direito de respeito obriga o Estado a não impedir o gozo dos bens objetos do direito; o de proteção diz com a atuação estatal no sentido de impedir que terceiros interfiram ou obstaculizem o acesso ao bem objeto do direito; o direito de satisfação pressupõe que o Estado assegure ao titular do direito o acesso ao bem objeto do direito quando não pode fazê-lo por conta própria, atuando de todas as formas no sentido de promover condições para que todos os titulares do direito tenham acesso ao bem por conta própria.

O direito à moradia pode servir como um clássico exemplo. O nível da obrigação de respeito pressupõe que o Estado se abstenha de avançar sobre o bem objeto do direito à moradia (art. 5º, XI, e XXII da CF); ao Estado se proíbe a ingerência na habitação particular da pessoa, sem fundamento legal. O nível da obrigação de proteção pressupõe que os poderes públicos impeçam que outros, terceiros, avancem sobre a moradia do indivíduo, por exemplo, com a Lei 8.009/90, impede-se a penhora da moradia familiar. O nível da obrigação de satisfação implica na obrigação dos poderes públicos de desenvolverem programas que garantam aos cidadãos carentes o acesso à moradia, podendo este direito ser diretamente sindicável (justiciável) em caso de omissão dos poderes obrigados (Legislativo e Executivo).

Abramovich e Courtis se utilizam da formulação teórica desses níveis de obrigação para afirmar que tanto os direitos fundamentais de liberdade e políticos (de defesa) quanto os direitos sociais prestacionais (direitos prestacionais) exigem diversos modos de atuação estatal para sua efetivação, enfraquecendo a idéia de que somente os direitos sociais prestacionais exigem uma maior atuação financeira do Estado e, portanto, sua efetivação se torna mais complicada que a dos direitos de liberdade e políticos. Para esses autores, quaisquer direitos fundamentais – sejam eles de defesa ou prestacionais – exigem dispêndio financeiro do Estado para sua realização. “Tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales e culturales constituyen un complejo de obligaciones positivas e negativas.”⁴⁰

Para Clève, a teoria constitucional não desconhece que os direitos de liberdade, a princípio, exigem uma abstenção do Estado, mas o papel do Estado com relação aos direitos é duplo: de abstenção e de promoção de meios para o exercício dos direitos. Por um lado, deve abster-se, mas, por outro, deve agir a fim de promover os meios para o exercício dos direitos fundamentais, sob pena da falta de promoção para o acesso de uns direitos impedir a dimensão da defesa de outros. Como exemplo, o autor afirma que “a inviolabilidade do

⁴⁰ ABRAMOVICH e COURTIS. Los derechos como derechos exigibles. p.32.

domicílio pressupõe para seu exercício a existência de uma moradia, a liberdade de locomoção, nos grandes centros, pressupõe a existência de uma rede de transporte coletivo.”⁴¹

A multiplicidade de funções estatais com vistas à realização dos direitos fundamentais é o que responde à necessidade do respeito e proteção à dignidade humana. O reconhecimento da pessoa humana como carente de bem estar físico, moral e psíquico exige do Estado diversas esferas de atuação, que vão desde abstenção – não interferência, sem justificação, nas conquistas do indivíduo – à concessão de meios que lhe possibilitem o usufruto efetivo de seus direitos. Essa idéia está bem assentada nas colocações de Arango, ao afirmar que “o indivíduo não é mais considerado um simples agente da liberdade, mas um ser dependente de tudo que o cerca. A vida humana não é apenas subsistência. Ela é uma existência que se dignifica em situações onde o indivíduo pode atingir seu máximo potencial.”⁴²

A princípio, no contexto de cada época, poderíamos conceber uma separação destas duas categorias: liberdade sem bem-estar (Estado liberal) e bem-estar sem liberdade (Estado social), porém não no contexto do Estado democrático de direito, que faz uma síntese dessas categorias e torna inseparáveis liberdade, participação e bem-estar. Os direitos fundamentais ganham novo sentido, a partir do contexto do Estado democrático de direito, que os coloca numa relação de dependência inevitável, já que não mais aceita a idéia de uma igualdade apenas formal, mas propugna por uma igualdade substancial, centrada na liberdade de seus membros de agir e de participar.

A dupla dimensão negativa (defesa) e positiva (prestacional) dos direitos fundamentais, inclusive, nos remete a uma correção da tese clássica do direito: de que a cada direito corresponde a um dever. Segundo Arango, a teoria moderna dos direitos estabelece um leque de obrigações a serem cumpridas para a satisfação de um direito, não sendo mais possível derivar uma só obrigação de um direito:

Para cada direito não há apenas um dever, mas diversas obrigações correspondentes. Por exemplo, o direito à liberdade individual implica não só o dever de todos de respeitar essa liberdade, mas também a obrigação de protegê-la quando ameaçada por outras pessoas, o dever de agir quando ela depende de atos de outros e um dever de promover e assistir no caso de impossibilidade material de fazer uso dessa liberdade.⁴³

⁴¹ CLÈVE. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. p. 29.

⁴² ARANGO. Rodolfo. Direitos Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia. p. 101.

⁴³ Ibid., p. 91. O autor cita Herbert Hart como um dos defensores da tese de que para cada direito há apenas um dever. Arango afirma que, com base na idéia de interdependência dos direitos fundamentais, é perfeitamente

As dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais estão tão interligadas que não é possível satisfazer uma sem a garantia da outra: o direito à vida exige prestações contidas no direito à saúde, pois a falta de prestação do direito à saúde pode levar à morte; o direito à privacidade exige uma prestação contida no direito à moradia; a liberdade pressupõe possibilidades de escolha, sendo que a falta de profissionalização e desenvolvimento econômico encurta ou suprime as possibilidades de escolha de profissão dos indivíduos, por fim, a falta de subjetividade positiva aos direitos fundamentais sociais prestacionais afeta o direito de acesso ao Judiciário.

Essa interdependência chega ao ponto de não se poder distinguir qual a função essencial de um direito fundamental, não há mais uma predominância de funções. Se eu requeiro prestações de saúde, estou no exercício de um direito prestacional ou na defesa do direito à vida com saúde? Se requeiro o direito à educação, estou no exercício de um direito prestacional ou na defesa da liberdade para escolher uma profissão?

Qual a função do direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII)? É prestacional ou de defesa? O que se pode pleitear do Estado por tal direito? O que a efetivação desse direito exige: uma abstenção ou uma prestação? Podemos responder que é um direito multifacetado, que exige uma série de atividades estatais: legislação adequada para celeridade dos processos, equipamento e pessoal nos tribunais (dimensão prestacional) e a abstenção dos membros de Poder Judiciário de praticar atos que prejudiquem o bom andamento dos processos - aceitação de prazos que não constem em lei ou que sejam desarrazoáveis (dimensão de defesa). Melhor dizer que é apenas um direito fundamental e, como tal, cabe aos poderes públicos fazerem tudo para realizá-lo.

Por tudo, não podemos mais nos referir aos direitos fundamentais como direitos de defesa ou prestacionais, se não estaremos invalidando as possibilidades de gozo efetivo de quaisquer dos direitos, por estarem tão entrelaçados que a negativa de um implica a negação do outro; da falta da prestação de um resulta a impossibilidade de se recorrer à defesa do outro por absoluta inexistência de objeto. Sem uma moradia, como assinalou Clève, não é possível o exercício do direito à inviolabilidade do domicílio. As classificações podem ter um bom efeito didático, mas, como afirmam Abramovich e Courtis, a decisão de enquadrar os direitos numa ou outra classe é uma decisão convencional mais ou menos arbitrária.⁴⁴

aceitável se poder exigir judicialmente o direito a um trabalho, na medida em que esse direito é fundamental para a dignidade do requerente, devendo haver uma justificativa plausível para sua negativa. *Ibid.*, p. 93.

⁴⁴ ABRAMOVICH; COURTIS. Los derechos como derechos exigibles. p. 27.

1.3 Sobre a tipologia das normas de direitos fundamentais sociais prestacionais: estudo da tipologia das normas na Constituição do Brasil

Supramencionamos que a denominação dos direitos fundamentais como direitos individuais e sociais parte de um contexto histórico de luta, teorização e positivação desses direitos, mas que tais denominações, apesar de se manterem porque as coisas necessitam de um nome, não podem resultar, na atualidade, em diferenciações que os levem a uma diferente eficácia e procedimento de atuação dos indivíduos perante a sociedade e desta perante os indivíduos, posto que os direitos fundamentais individuais e sociais são fundamentais para a realização do indivíduo em sociedade.

Vimos também que se torna cada vez mais difícil se diferenciar os direitos fundamentais segundo suas funções imediatas, porque, na atualidade, esses direitos se entrelaçam, de forma tal a exigir o cumprimento de um para o gozo de outro e que, juntos, servem à realização do indivíduo na sociedade, assumindo os direitos fundamentais sociais prestacionais condição essencial para a satisfação dos direitos de liberdade e políticos, bem como estes assumem condição essencial para a defesa daqueles.

No entanto, os direitos fundamentais sociais prestacionais enfrentam barreiras quanto a sua eficácia jurídica subjetiva, baseadas em problemas que vão desde ao modo pelo qual se formulam esses direitos, sua estrutura normativa vaga e aberta - onde se coloca a questão da definição do conteúdo, que necessitaria de uma intermediação legislativa anterior - às dificuldades de implementação de seu objeto, a prestação - onde se coloca a questão da necessidade de uma decisão política anterior para sua concretização.

Tais dificuldades impedem, segundo se posiciona boa parte da doutrina (a seguir citaremos seus expoentes), esses direitos de serem pleiteados diretamente no Judiciário a partir das normas insertas na Constituição do Brasil, por exigirem programas legislativos e/ou executivos anteriores para sua configuração como direitos plenos. Para essa parte da doutrina, os direitos fundamentais sociais prestacionais são direitos programáticos, estipulados em normas programáticas. Cabe-nos, então, aqui, em primeiro plano, uma resposta à indagação sobre que tipos de normas são as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais, para depois verificarmos se as dificuldades de implementação do objeto desses direitos excluem ou podem excluir sua subjetividade positiva.

De início ao primeiro plano, apresentaremos, nesta parte do trabalho, considerações sobre a lógica das proposições normativas, no sentido de verificar se a estrutura das normas fundamentais se diferencia de forma a afetar seu pleito direto. Partiremos de formulações

clássicas sobre a estrutura lógica das proposições normativas, acompanhando a idéia de Gouvêa que, baseado em Popper,⁴⁵ concebe que as novas teorias apenas ampliam o campo de alcance da teoria anterior, partindo desta para abarcar novas situações não percebidas pela teoria mais antiga.

Mesmo após o advento da teoria da relatividade, a teoria clássica permanece dotada de uma importância instrumental. A teoria da relatividade, conquanto forneça uma explicação mais geral – e, neste sentido, mais aproximada da verdade objetiva – do que a física de Newton, não é, em termos práticos, a mais adequada para cálculos simples (como são, v.g., os movimentos de corpos na superfície terrestre). Estes casos menos complexos, que prescindem da consideração de variáveis extraordinárias, podem e devem ser resolvidos à luz do instrumental – mais simples e ágil – proporcionado pela teoria newtoniana. Embora em termos estritos a teoria da relatividade tenha refutado a teoria newtoniana, esta ainda pode ser empregada nestas situações simplificadas. A física clássica, afigurando-se uma aproximação contida na teoria da relatividade, é capaz de simulá-la em condições ideais⁴⁶.

Percorreremos o caminho teórico sobre as proposições normativas aberto por Kelsen – enunciado normativo como juízo hipotético – passando por Telles Jr.⁴⁷ – norma como imperativo autorizante, que, aliada à teoria mais moderna dos direitos fundamentais como disposições de princípios, nos dará uma noção sobre as formulações normativas dos direitos fundamentais e se há diferenciações que justifiquem o pleito direto de uns e de outros não. A hipótese inicial é de que os enunciados normativos fundamentais expressam um imperativo⁴⁸ que deve ser obedecido sob a possibilidade de sanção, cujo conteúdo, “a princípio”, é amplo, encontrando sua definição mais precisa no caso concreto.

A idéia de norma como imperativo que possibilita a sanção parte de Telles Jr., que, ao criticar a concepção kelseniana de norma jurídica que possui a qualidade de coagir, a concebe como um imperativo autorizante, qualidade que a norma tem de autorizar ao sujeito lesado o exercício da coação, de permitir o exercício da faculdade do sujeito lesado de exigir

⁴⁵ POPPER, Karl. Conhecimento Objetivo. Belo Horizonte: São Paulo, Itatiaia/EDUSP, 1974.

⁴⁶ GOUVÊA, Marcos Maselli. O Controle judicial das omissões administrativas. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 36. Gouvêa se utiliza desse exemplo da física para mostrar que, apesar do desenvolvimento de teorias mais sofisticadas para solução de coincidências jurídicas, tais como a da máxima efetividade, ponderação de princípios e método construtivo, as teorias clássicas para solução de antinomias das regras jurídicas ainda se prestam para resolver casos mais simples.

⁴⁷ TELLES JR., Goffredo. O direito quântico. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 1971.

⁴⁸ Ver diferença entre imperativos categórico e hipotético em KANT. Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. p. 50.

o cumprimento da norma ou a reparação do dano, de permitir o exercício da coação; diferente de Kelsen que tem na coação o elemento essencial do direito.

Kelsen, ao teorizar sobre direito e ciência, destaca a diferença entre proposições jurídicas e norma jurídica - aquelas são a descrição do direito, um enunciado sobre a norma jurídica, enquanto esta é o próprio direito. Segundo o autor, a norma jurídica é imperativa, dirigida aos órgãos encarregados da aplicação da sanção, da coação; diferente do enunciado da norma, que é um juízo hipotético. O juízo hipotético enuncia que “de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica [...] sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas.”⁴⁹

A lógica da estrutura normativa em Kelsen “sob determinados pressupostos, deve-se efetivar um ato de coerção” denota a existência de duas partes na proposição jurídica: uma que estabelece uma conduta como ilícita - norma secundária - e outra que estipula a sanção, em caso da ocorrência do ilícito - norma primária. A norma secundária é apenas pressuposto da primária - a sanção -, pois o dever ser só existe no dever ser punido. As normas primárias são, então, as determinações das sanções, comandos dirigidos aos juízes para que apliquem a sanção em caso da ocorrência do ilícito.⁵⁰

Com a concentração de todo o poder do direito na coerção, Kelsen faz uma inversão na teoria clássica da coação,⁵¹ sendo o direito não mais garantido pela força, mas a própria

⁴⁹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 80.

⁵⁰ A estrutura lógica das proposições jurídicas de Kelsen como juízos hipotéticos ligados pelo elemento “dever ser” (ilícito e sanção são correlatos: um é conseqüência do outro) e à atribuição de autêntico direito à norma secundária Carlos Cossio faz uma crítica, baseado na tese de que a prescrição da conduta ou o dever ser jurídico fazem parte da norma jurídica juntamente com a sanção. Traça o autor seu esquema lógico entrelaçando o que ele chama endonorma com a perinorma num juízo disjuntivo, resultando na seguinte seqüência: “A” deve uma prestação a “B” (endonorma), se “A” não pagar deve ser aplicada a sanção “C” (perinorma). Em resumo: ou “A” paga a dívida ou se aplica a sanção. (COSSIO, Carlos. Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. p.661/662). Cossio chama de endonorma a que descreve a conduta, equivalente à norma secundária de Kelsen, e de perinorma a que estipula a sanção, equivalente a norma primária de Kelsen. Com esse traçado lógico, em que a cópula é uma disjunção “ou”, Cossio entende ter completado o juízo hipotético da proposição jurídica de Kelsen, pois as duas normas (primária e secundária, endonorma e perinorma), na verdade, integram uma única norma, que estipula uma prestação, ou, em caso de não prestação, uma sanção, abrindo no Direito a possibilidade tanto do lícito como ilícito e não apenas do ilícito como ele indica fazer Kelsen. A proposição normativa é composta pela regulação da conduta e pela sanção, para o caso de violação da conduta, coisa que Kelsen despreza no Direito. Cossio desmembra a conduta definida como direito da sanção, embora ambas componham a norma jurídica, mas igualmente coloca a sanção como decorrência natural da conduta contrária: ou é A ou, não sendo A, é B.

⁵¹ A teoria clássica da coação entende o direito como um conjunto de normas garantidas mediante a coação ou simplesmente diferencia as normas jurídicas das demais normas sociais, porque aquelas são garantidas mediante a coerção. Sem desconhecer a precedência de Hobbes na formação da concepção clássica do direito, como ordem coercitiva, por conceber o direito como um comando emanado do soberano, é Chistiano Tomasius (1705), com sua obra Fundamentos do direito natural das pessoas, que historicamente estrutura a idéia de direito garantido mediante a força. Tomasius fazia uma diferenciação entre regras que podem e regras que não podem se valer coercitivamente. As primeiras ele chamava de direito perfeito e as segundas de direito imperfeito. A justiça imperfeita é uma justiça atributiva, pois atribui um certo dever a um indivíduo sem atribuir o direito de exigir a

força; a coerção não é o que dá eficácia à norma, mas é a própria norma, ou seja, é o elemento próprio do direito, seu objeto. Para Kelsen, as normas jurídicas são comandos emitidos aos órgãos encarregados de aplicar a sanção, sendo o direito não um conjunto de normas asseguradas pela coerção, mas um conjunto de normas que se destinam a regular o ato coercitivo. O resultado disso é que a coerção é sempre uma consequência necessária e inevitável, não uma possibilidade no direito.

Porém, críticas se formaram em torno da concepção de que à prescrição da conduta devida segue sempre uma sanção para o caso da conduta contrária. Dentre elas, está a que se apóia nas normas de organização,⁵² que apenas regulam as atribuições e atividades dos órgãos estatais, sem serem garantidas mediante sanção ou por não conterem sanção na sua formulação. Para Reale, na redução da proposição jurídica a um juízo hipotético (fato-consequência), indicando que, sempre que o comportamento corresponder ao enunciado, deve ocorrer uma consequência, que é a pena, não cabem as normas de organização do Estado, as quais fixam atribuições e competências, e as que regulam a produção e aplicação das normas, pois essas normas apenas enunciam uma “*obrigação objetiva de que algo deve ser feito, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam ou não resultar determinadas consequências.*”⁵³(destaque do autor).

Embora Reale afirme que a concepção de Kelsen sobre a estrutura lógica das normas seja um reducionismo que não abrange todas as normas, como as de organização, não desconhece que as normas se formulam através de uma estrutura proposicional que enunciam um dever ser, embora nem sempre este dever esteja subordinado à sanção: “enuncia um dever

obrigação ao outro em favor do qual o dever é estabelecido. Ex: o dever de caridade. Já justiça perfeita não só atribui a um indivíduo um certo dever como atribui, também, ao outro sujeito, em favor do qual o dever é estabelecido, a faculdade e o poder de obter o cumprimento deste direito mediante a força. Fazendo um exercício de purificação lingüística, Tomasius considera que o termo direito não deve ser utilizado indistintamente para qualificar o direito perfeito e o imperfeito, mas apenas o direito perfeito, visto que somente este é constituído de normas que são feitas para valer coativamente. Cf. BOBBIO, Norberto. O positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999. p. 148-150.

⁵² Outras foram mencionadas: costume – a coação está ausente no costume, que se funda numa adesão espontânea da consciência social a uma norma jurídica. Aliás, o direito se constitui a partir do costume, que já é o hábito de obedecer a determinada norma. Essa crítica não se sustenta porque indica que apenas algumas regras podem ser acatadas espontaneamente enquanto não prova que um ordenamento inteiro possa prescindir da coação. Outra objeção se refere ao direito internacional, que não encerra nenhum poder de coação, que não faz as normas que regulam as relações entre os Estados valerem pela coação. Esse é um ponto controverso e os que sustentam a teoria da coerção negam juridicidade ao ordenamento internacional, concebendo-o apenas como moralidade positiva. Tomasius o caracterizava como direito imperfeito.

⁵³ REALE. Lições preliminares do direito, p 95. A noção de obrigação objetiva é transportada após para as normas que expressam direitos fundamentais sociais prestacionais com a idéia de que geram efeitos objetivos, sem a correspondente tradução em direitos subjetivos para o sujeito beneficiário.

ser porque nenhuma regra descreve algo que é, mesmo quando, para facilitar a compreensão, empregamos o verbo ser.”⁵⁴

O autor cita como exemplo do art. 1º da CF: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...]”, entre outros, para indicar que o ser do enunciado significa um dever-ser. Afirma Reale que a Constituição, ao declarar que o Brasil é uma República Federativa, não está evidenciando que a República seja algo que esteja aí, diante de nós, como uma árvore, mas, ao contrário, a norma enuncia que o Brasil deve ser organizado e compreendido como uma República Federativa.

O que Reale quer dizer quando menciona “obrigação objetiva” é que há normas sem sanção e as normas de organização são exemplos disso. É imperativo objetivo porque não comporta “alternativa de aplicação” e se, não há alternativa de cumprimento ou não da regra, não há hipoteticidade, pois não cabe outra opção de escolha, como cumprir a regra ou assumir as conseqüências por seu não cumprimento. O autor entende a norma jurídica como uma estrutura proposicional que enuncia uma forma de organização ou uma conduta, que deve ser seguida de maneira obrigatória, mas que nem sempre é complementada ou garantida por uma sanção.

A dificuldade encontrada por Reale para enquadrar as normas de organização no esquema lógico (conduta seguida pela sanção), a exemplo do art. 22, V, da CF: “Competente privativamente à União legislar sobre serviço postal” (se outros membros federados legislar sobre serviço postal, deve ser o quê?) não é um problema exclusivo das normas de organização; o ordenamento constitucional, ao menos em sua maior parte, padece do mesmo problema. O enunciado do art. 5º, LIV, que expressa: “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”(se alguém for privado de liberdade sem o devido processo legal, a norma indica que deve acontecer o quê?

Trazendo um exemplo mais próximo de nosso trabalho, temos o art. 6º, da CF: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Cabe, então, indagar: se os indivíduos na sociedade não têm uma educação de base adequada e se não há moradia adequada para todos os cidadãos, deve ocorrer o quê?

As normas constitucionais não regulam imediatamente a relação entre os particulares, com uma definição precisa da conduta e da sanção, mas regula a relação entre os particulares

⁵⁴ REALE. Lições preliminares do direito, p 95.

e a sociedade como um todo e, mais especialmente, com a sociedade estatal, instituindo garantias de sua efetividade. Por isso, no campo das normas constitucionais, a teoria que toma o ordenamento jurídico como objeto de análise do direito centrado na sanção em vez da norma singular, tem maior valia, pois desfaz a idéia contida nos exemplos acima apresentados de que a norma constitucional é desprovida de efetividade por lhe faltar a coercibilidade.

A crítica que se fez à teoria que toma a sanção como elemento essencial da norma, com base na existência de normas jurídicas desprovidas de sanção, é rebatida pela passagem da análise do direito sancionador a partir das normas para a análise do direito sancionador a partir do ordenamento jurídico, ou de um ordenamento jurídico específico. Para Bobbio, não se pode analisar o direito apenas do ponto de vista de uma norma, mas de um ordenamento jurídico inteiro, e não se concebe um ordenamento jurídico sem coação, já que esta é a característica distintiva do ordenamento jurídico entre outras ordens normativas.⁵⁵

Bobbio tinha⁵⁶ a mesma concepção de Kelsen de que a sanção é o caráter essencial das normas jurídicas e, diante do problema das normas desprovidas de sanção, só podia concluir que essas normas não eram jurídicas. No entanto, admitir que as normas jurídicas regulam a aplicação da força em primeiro lugar pressupõe que as normas jurídicas organizam a sanção, em outras palavras, se a sanção jurídica é institucionalizada, ela requer uma organização, então, o direito não é norma apenas, mas um sistema de normas. Dessa forma, Bobbio dá uma resposta à existência de normas sem sanção, posto que a maioria das normas de um ordenamento jurídico contém sanção; a essência do direito continua sendo a sanção, que distingue o ordenamento jurídico de quaisquer outros.

Não foi possível uma definição do direito do ponto de vista da norma jurídica, considerada isoladamente, mas tivemos de alargar nosso horizonte para a consideração do modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devam exercê-las e sua execução.⁵⁷

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Maria celeste C. J. Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 67.

⁵⁶ Empregamos o verbo no passado porque Bobbio, que teve uma longa vida acadêmica, avançou em suas posições teóricas à medida das mudanças vistas na sociedade e nas ciências, saindo da análise apenas estrutural do direito e passando para a análise de sua também função promocional, abrindo as portas do direito para a sociologia. Mesmo assim, Bobbio, ao tratar das sanções positivas, fazendo o direito escapar às reduções da técnica de controle social, rumo a sua função promocional, afirma que uma obrigação é jurídica quando existe para seu cumprimento por parte do interessado, a possibilidade de execução mediante a coação. Cf. BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 29.

⁵⁷ BOBBIO, op. cit. p. 22.

A razão de Bobbio é aceitável. Muito embora nem todas as normas jurídicas contenham em sua estrutura lógica a sanção em caso de violação, nenhum ordenamento jurídico pode prescindir da sanção como forma de garantia de sua eficácia. A sanção não evidenciada na formulação do enunciado da norma jurídica está espraiada no ordenamento jurídico, que garante a força imperativa de cada norma, quando não respeitado o mandamento. Dessa constatação não segue que a efetividade de um ordenamento está na sanção, ou está somente nela, pois um ordenamento deve contar com a adesão espontânea do grupo a que se destina como regra, sendo a violação e conseqüente sanção tidas como exceção.

Mas é Telles Jr., com sua concepção de norma como imperativo autorizante, quem coloca as coisas em seu devido lugar, ao afirmar que a coação não pode ser elemento essencial da norma, sendo que a norma jurídica não pode se estruturar sob a sanção, sob pena de que, uma vez não aplicada a sanção, não haveria norma. Segue Telles Jr., com seu pensamento, afirmando que a norma jurídica é apenas uma expressão verbal e, como tal, não pode coagir, mas somente autorizar a coação, pois a faculdade de coagir é uma aptidão natural do ser humano.⁵⁸

O autor concebe a norma jurídica como um imperativo autorizante, qualidade que a norma tem de autorizar ao sujeito lesado em seu direito o exercício da faculdade de exigir o cumprimento da norma ou reparação do dano. A essência específica da norma de direito é o autorizamento – que à norma compete autorizar ou não a reação do lesado⁵⁹. O conceito de norma jurídica, para o autor, é o seguinte: norma jurídica é um imperativo autorizante – imperativo porque prescreve condutas devidas e autorizante porque autoriza ao sujeito lesado exigir seu cumprimento ou reparação.

Pela idéia da norma como imperativo autorizante e da teoria do ordenamento jurídico, podemos retomar os exemplos supramencionados, dando-lhes novo sentido. Art. 22, V, da CF: “Competente privativamente à União legislador sobre serviço postal” (se outros membros federados legislar sobre serviço postal, o ordenamento jurídico autoriza a União a utilizar recursos jurídicas que tornem a legislação nula; só a União dever legislar sobre serviços postais senão a legislação pode ser nula). O enunciado do art. 5º, LIV, da CF: “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (se alguém

⁵⁸ TELLES JR., Goffredo. O direito quântico, p. 374/375.

⁵⁹ Ibid., p. 345-387. O autor também critica a concepção da norma como imperativo atributivo, que atribui ao lesado a faculdade de exigir seu cumprimento: primeiro porque a norma não possui a faculdade de coagir, segundo, porque a “faculdade de coagir” não pode ser atribuída ao lesado, já que a este pertence por natureza. p. 372.

for privado de sua liberdade sem o devido processo legal, a pessoa pode se utilizar da garantia constitucional do *habeas corpus* para desfazer a privação ilegal).

Diferente não ocorre ou não pode ocorrer no exemplo do art. 6º, da CF: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia [...] na forma desta constituição” (se a sociedade não tem uma educação de base adequada ou acesso a serviços de saúde básica ou carece de moradia em condições ao menos de abrigar das intempéries da natureza e proporcionar o mínimo de segurança social, as pessoas afetadas estão, por essa norma constitucional, autorizadas a pleitear no Judiciário medidas que ponham fim à omissão estatal e da sociedade⁶⁰).

Notemos, em Telles Jr., que a sanção pode e não deve (Kelsen) ser aplicada, pois, se o autor não agir, não há a sanção. O autorizamento implica na possibilidade de sanção, como medida colocada pelo direito à disposição do sujeito lesado para eventual uso, ligado à violação da norma e não à norma jurídica. A tese da norma jurídica como um imperativo autorizante põe à disposição do lesado o poder de movimentar ou não a máquina coativa, capaz de dar efetividade à norma e ao ordenamento jurídico. É o autorizamento a essência do direito não a sanção.⁶¹

As diferentes concepções da coação (Kelsen e Telles Jr.) nos levam a diferentes concepções sobre o direito. Em Kelsen, se não há coação não há direito; em Telles Jr., a prescrição da conduta é autônoma em relação à coação: há direito não onde há coação, mas onde se possibilita a coação, ou seja, há direito onde há possibilidade de coação, há direito mesmo com coação precária.

Fazendo um paralelo entre as concepções de direito apresentadas e a subjetividade dos direitos fundamentais, quem toma o direito pela coação só admite direitos subjetivos a partir das normas fundamentais quando há meios eficazes de coagir o sujeito de dever a cumprir com a obrigação (nos direitos de liberdade e políticos, há meios de maior controle judicial – imposição da coação); quem toma a coação como possibilidade no direito admite direitos subjetivos das normas fundamentais ainda que haja carência quanto aos meios coercitivos de fazer os sujeitos de dever cumprir com a obrigação (nos sociais prestacionais, há carência de meios para o controle judicial).

⁶⁰ Esse é um problema sobre o qual a doutrina sobre os direitos fundamentais sociais prestacionais também vem se ocupando: qual o recurso jurídico? Terá eficácia esse recurso? Cabe destacar, ainda, que acrescentamos a sociedade por estar ela obrigada constitucionalmente a contribuir com os direitos sociais, pelo princípio da solidariedade, além do que, em alguns casos, ela é obrigada diretamente. Ex: os pais que se omitem em manter a criança na escola é uma omissão social.

⁶¹ TELLES JR., Goffredo. O direito quântico. p. 348.

Se admitirmos as normas fundamentais sociais prestacionais como imperativos autorizantes que possibilitam a sanção, o sujeito de direito dispõe da pretensão, pode pretender subjetivamente o objeto do direito ainda que faltem meios eficazes de coerção, inclusive, o direito subjetivo exige a melhoria das garantias jurídicas para sua efetivação. Porém, não é esse o tratamento que boa parte doutrina vem dando aos direitos fundamentais sociais prestacionais. Mesmo em se admitindo as normas fundamentais como imperativos autorizantes, a doutrina entende haver entre os direitos fundamentais diferentes níveis de intensidade imperativa, que geram diferentes níveis obrigacionais e, como conseqüência, diferentes níveis de autorizações.

O que acima se coloca é o problema a ser enfrentado e, nessa perspectiva, cabe-nos retomar a pergunta sobre que tipos de normas são as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais: são normas que definem direitos ou apenas programas a serem elaborados e implementados pelos poderes públicos, sem o correspondente direito dos indivíduos? Dependendo da resposta, podemos saber o que as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais autorizam o sujeito lesado fazer.

As constituições encerram um feixe de normas das mais variadas estruturas, formuladas de diferentes modos e dirigidas a destinatários diversos (poderes públicos e particulares), pois se destinam a estruturar o Estado, organizando o exercício do poder político e definindo competências dos membros e órgãos públicos; constituem a sociedade pela repactuação social, traçando os objetivos públicos e sociais a serem alcançados, além de definir os direitos fundamentais das pessoas, cuja garantia consiste no fim principal de toda ordem constitucional.

Ao traçar os fins públicos e sociais, as constituições apresentam normas jurídicas que se endereçam diretamente ao legislador ordinário, cujo limite de ação é indicado pelo legislador constituinte. São essas normas, que a doutrina nomeia como programáticas, o “calcanhar de Aquiles” dos direitos fundamentais sociais prestacionais. As normas programáticas, embora possuam imperatividade⁶² - e isso a doutrina não mais nega - não atribui de forma direta, a partir das normas constitucionais, um poder ao beneficiário do

⁶² Já há reconhecimento na doutrina da eficácia das normas programáticas: CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Almedina, 2001; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001; SILVA, Afonso José. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª edição, 2ª tiragem revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999; BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, para citar expoentes dessa doutrina.

direito, como possibilidade de movimentar a máquina coativa em caso de não satisfação positiva de seu benefício e não o faz porque sequer regula uma conduta determinada, apenas estabelecendo parâmetros principiológicos que devem ser observados, sob pena de atuação inconstitucional dos poderes públicos.

A presença de normas programáticas, no entanto, não faz a Constituição tropeçar em sua imperatividade, como leciona Barroso, ao reconhecer imperatividade em todas as normas constitucionais:

As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem com força jurídica e não apenas moral. Logo sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive, com o estabelecimento das conseqüências da insubmissão ao seu comando.⁶³

Mas essa imperatividade, como reconhece o mesmo Barroso, não se apresenta numa mesma intensidade em todas as regras e, ao afirmar que há sempre imperatividade nas normas constitucionais, reconhece que ocorre “uma graduação em seu teor”.⁶⁴ Também, segundo Silva, há uma imperatividade na medida da eficácia de cada norma.⁶⁵ Por isso, afirmar que as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais possuem a lógica estrutural de um imperativo autorizante não é suficiente para se afirmar que essas normas autorizam o sujeito de direito a pleitear diretamente o direito contido na norma.

Tal afirmação requer afastar delas a condição de mero programa, pois as normas programáticas, como comandos dirigidos ao legislador para que providencie programas que integrem os mandamentos constitucionais, autorizam apenas o apelo à integração normativa.⁶⁶ Entendemos, de plano, não ser correto a condição de mero programa para qualquer categoria de direito fundamental, por desvirtuar a própria noção de fundamentabilidade desses direitos; direitos postos constituintemente como fundamentais ao homem não podem ser relegados a apelos aos poderes constituídos para serem direitos dos indivíduos.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. p. 78.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 77.

⁶⁵ SILVA, Afonso José. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª edição, 2ª tiragem, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 154

⁶⁶ José Afonso da Silva aponta que, na atualidade, ainda são de baixo valor as normas que apenas se dirigem ao legislador, visto que não há meios jurídicos de compelir o legislador a legislar. Para resolver o problema da norma incompleta, que necessita de uma complementação ordinária, “a mera ciência ao Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar”. *Ibid.*, 128.

1.3.1 Os direitos fundamentais sociais prestacionais e as normas programáticas

Nesta parte do trabalho, objetivamos afastar a estrutura programática como característica específica das normas de direitos fundamentais sociais prestacionais na Constituição do Brasil, reservando à “programaticidade” a idéia de uma melhor forma de ação para realizar esses direitos, além de identificar, também, uma certa incompletude em algumas normas de direitos de liberdade e políticos.

Historicamente, no Brasil, foi Barbosa quem primeiro efetuou uma classificação das normas constitucionais. Baseando-se na doutrina americana, que classificava as normas constitucionais em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*, Barbosa faz uma tradução literal da doutrina americana e elabora uma classificação das normas com base em sua eficácia plena ou dependente, dividindo as normas constitucionais em normas *auto-executáveis* e *não auto-executáveis*.⁶⁷

A tese americana da *self-executing provisions* e *not self-executing provisions* correspondente no Brasil à das normas “auto-executáveis” e “não auto-executáveis”, considera a vontade do constituinte expressada na formulação da proposição normativa: se o constituinte regulava inteiramente a matéria, sem fazer qualquer referência ao legislador, a norma tinha aplicação direta e ao sujeito lesado em seu direito se atribuía o poder direto de movimentar a máquina coativa para satisfação do dever que o beneficia.

Ao contrário, se o constituinte não era suficiente na expressão de sua vontade, elaborando normas com textura vaga e aberta, não sendo minudente na regulação da matéria e fazendo referência a um complemento pelos legisladores constituídos, a norma não era auto-aplicável, pois necessitava da tarefa do legislador ordinário para complementá-la. Essas normas só atribuía ao lesado o poder de movimentar a máquina coativa nos termos do legislador ordinário.

Barbosa já afirmava que, embora não aplicáveis direta e imediatamente, as normas “não auto-executáveis” eram revestidas de juridicidade, pois “não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos.”⁶⁸ Barbosa, com essa defesa, já se adiantava à tese, que mais tarde veio florescer na Itália, de que as normas programáticas possuem eficácia jurídica, contrariando, então, as teses que comparavam as normas programáticas às diretórias da doutrina americana, normas que se

⁶⁷ BARBOSA, Ruy. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1933, v. 2. p. 475 e ss.

⁶⁸ Ibid., p. 489.

limitavam apenas a indicar ao legislador uma direção, sendo destituídas de qualquer eficácia jurídica.⁶⁹

Com Crisafulli e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Italiano, as normas de direitos sociais – chamadas até então indistintamente de normas programáticas⁷⁰ - começam a ganhar alguma eficácia jurídica. Crisafulli articula uma elaboração teórica em torno da eficácia objetiva desses direitos, que atuam como pressuposto revogador de normas anteriores e posteriores à Constituição que com elas sejam incompatíveis, através de ação de inconstitucionalidade. Também afirma que os poderes Administrativo e Judiciário, além do Legislador, estão vinculados aos novos direitos, posto que as normas programáticas “se destinam ao Estado-sujeito, prescrevendo-lhe a consecução de certos fins, pondo, à sua atividade determinados limites positivos e negativos.”⁷¹

O pensamento de Crisafulli influencia a construção doutrinária no Brasil. Ainda na década de 60, José Afonso da Silva propõe uma classificação das normas constitucionais, entendendo que a classificação de Barbosa, até então prevalente no Brasil, não é satisfatória, visto que a denominação de algumas normas jurídicas como “não auto-executáveis” sugere a idéia de normas destituídas de eficácia.

A classificação pura e simples das normas constitucionais em *auto-aplicáveis* e *não auto-aplicáveis* não corresponde, com efeito, à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica, nem às necessidades práticas de aplicação das constituições, pois sugere, nestas, a existência de normas ineficazes e destituídas de imperatividade.⁷²(destaque do autor).

Parte o autor da afirmação de que as normas constitucionais possuem alguma eficácia jurídica e “é sempre executável por si mesma *até onde possa, até onde seja susceptível de execução*”⁷³ (grifo do autor). Dessa forma, propõe uma classificação própria das normas constitucionais quanto à sua eficácia em: **normas de eficácia plena** e aplicabilidade direta, imediata e integral, **normas de eficácia contida** e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral, e **normas de eficácia limitada**. As normas de eficácia plena

⁶⁹ Melhor referência às teses americana e italiana sobre a eficácia das normas constitucionais em SILVA, Aplicabilidade das Normas Constitucionais. p. 44-77.

⁷⁰ Só mais tarde veio a verificação de que há direitos fundamentais sociais vertidos em liberdades: exemplo, no Brasil, de Sarlet, que destaca entre os direitos sociais os com função de defesa (direito de greve) e os prestacionais em sentido estrito, distinção que não faz Alexy. SARLET. A Eficácia dos direitos fundamentais. p. 221.

⁷¹ CRISAFULLI. La Costituzione e le sue disposizioni di principio. p. 67.

⁷² SILVA. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. p. 75.

⁷³ Ibid., p. 76.

recebem do legislador constituinte todas as informações necessárias para gerar seus efeitos (ex: art. 15, da CF: “é vedada a cassação dos direitos políticos”).

As normas de eficácia contida não diferem muito das primeiras, a não ser na limitação ou autorização que recebe expressamente do legislador constituinte para contenção de sua eficácia em certos limites. São normas que produzem ou podem produzir todos os efeitos queridos pelo legislador constituinte, porém elas prevêm meios ou conceitos para manutenção de sua eficácia contida em certos limites (ex: art. 5º, VIII, da CF: “ninguém será privado de direitos políticos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos impostas e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”).

Os dois tipos de normas apresentados não oferecem maiores dificuldades, pois não se cogita em sua estrutura a falta de atribuição ao sujeito lesado em seu direito de um poder direto e imediato para movimentar a máquina coativa a seu favor. Não é que ocorre com as normas do terceiro tipo apontado por Silva, quais sejam as normas de eficácia limitada, e o próprio nome já define de imediato um problema: “a eficácia limitada”, posto que não possuem em sua estrutura a definição completa de seu objeto, não recebendo do constituinte carga suficiente de normatividade; são quase-normas constitucionais, já que sua complementação fica na incumbência dos poderes constituídos.

As normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando a tarefa ao legislador ou a outro órgão do Estado.⁷⁴

Como característica principal das normas de eficácia limitada, aponta Silva, está a indicação de uma legislação futura, mas não somente. As normas programáticas, por exemplo, “envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas.”⁷⁵ As normas de eficácia limitada, então, subdividem-se em dois grupos: normas de eficácia limitada declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípios programáticos. Nessa subclassificação, Silva diferencia as normas não somente quanto à eficácia, mas quanto ao conteúdo e função,

⁷⁴ SILVA. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. p. 83.

⁷⁵ Ibid., p. 83.

afirmando haver normas de eficácia limitada que enunciam princípios organizativos do Estado e normas de princípios programáticos.

A característica fundamental das normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos é o fato de elas indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação (ex: art. 18, § 2º: “Os territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão regulados em lei complementar” ou o art. 90, § 2º, da CF: “A Lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República”).

As normas declaratórias de princípios programáticos são encontradas, em sua maioria, na parte da Constituição do Brasil que trata da ordem social e econômica; são normas em que o legislador constituinte optou por deixar aos outros poderes - Legislativo, Executivo, Judiciário e Administrativo - a regulação da matéria, limitando-se “*a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos [...] como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.*”⁷⁶ (destaque do autor).

Do conjunto normativo fundamental social, o autor cita expressamente, a título de exemplo de normas programáticas, o art. 7º, incisos XI (participação nos lucros ou resultados e na gestão da empresa, conforme definido em lei), XX (proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos, nos termos da lei) e XXVII (proteção em face da automação, na forma da lei), acusando-as de não terem essas normas força própria, necessitando de um programa estatal para obterem eficácia plena.

Embora não tenha feito uma classificação das normas de direitos fundamentais com base na Constituição do Brasil e não tenha adentrado a questão específica da eficácia das normas de direitos fundamentais de liberdade e políticos contra a menor eficácia das normas de direitos fundamentais sociais prestacionais, Silva deixa transparecer que estas últimas (com exceção dos incisos XI, XX e XXVII do art. 7º, da CF), estruturalmente, não se enquadram no esquema de normas programáticas. Os direitos fundamentais sociais, segundo o autor, são imposições constitucionais às autoridades públicas de prestações positivas, esclarecendo que, em muitos casos, a realização dessas prestações depende do estabelecimento de instituições, mas isso não lhes retira a qualidade de verdadeiros direitos que podem ser exigidos diretamente da Constituição.⁷⁷

Afirma ainda Silva que a diferença entre as normas de eficácia plena integral ou contida e as normas de eficácia limitada não reside nos destinatários, mas no fato de as

⁷⁶SILVA. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. p. 138.

⁷⁷ Ibid., p.151.

primeiras serem completas no que determinam, contendo todos os elementos e requisitos para sua incidência direta, sendo supérfluo qualquer complemento posterior, e isso se observa na própria linguagem do texto. Com essa característica, encontram-se na Constituição do Brasil a maior parte das normas organizativas e limitativas do Poder (eficácia plena) e as normas de direitos e garantias fundamentais (eficácia contida), embora o autor não cite nenhuma norma do art. 6º, da CF, como exemplo de normas de eficácia plena ou contida, e cite o 7º, incisos XI, XX e XXVII, como exemplo de normas programáticas.⁷⁸

Também é de se ressaltar que Afonso da Silva exclui como exemplo de normas programáticas referentes à ordem econômico-social o direito à saúde, contemplado no art. 196, da CF, e o direito à educação, contemplado no art. 205, por entender que tais normas instituem, na verdade, um dever ao Estado, que tem a obrigação de satisfazer àqueles direitos, sob pena de incorrer em omissão inconstitucional.⁷⁹ Essas afirmações já são indicações de que as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais não se referem a programas como direito, mas são direitos que podem ser melhor efetivados mediante a implementação de programas.

1.3.1.1 As normas de direitos fundamentais prestacionais são definidoras de direitos ou de programas?

Seguindo a noção de Silva de que as normas constitucionais programáticas não regulam direta e imediatamente a matéria de seu interesse, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos poderes Legislativo, Executivo, Administrativo e Judiciário em programas que visam à realização dos fins sociais do Estado⁸⁰, formulamos perguntas que encerram a problemática central do presente capítulo: que tipo de normas são as normas de direitos sociais prestacionais? São normas que definem direitos ou apenas programas legislativo e/ou executivos de ação? São imperativos destinados diretamente aos poderes

⁷⁸ SILVA. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. p. 105. Porém, não devemos atribuir ao autor nenhuma contradição, pois Silva trabalha sempre com a idéia de predominância, não de generalidade.

⁷⁹ Ibid., p. 150.

⁸⁰ Ibid., p. 138. Na mesma linha, concebe as normas programáticas: são normas que se destinam à regular comportamentos públicos, estabelecendo o que os governantes poderão ou deverão fazer. CRISAFULLI. La Costituzione e lê sue disposizione di principio. p. 19; são normas que expressam princípios definidores dos fins do Estado, de conteúdo eminentemente social. CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 474; são normas que estabelecem princípios ou finalidades públicas a ser alcançados pelo Estado. BARROSO. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. p. 118; e são normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude, dirigidas ao Legislador. SARLET. A Eficácia dos direitos fundamentais. p. 293.

públicos e aos particulares e que autorizam aos sujeitos beneficiários a possibilidade de acionar a máquina coativa para a satisfação de seu benefício enclausurado na norma?

Se observarmos a estrutura das normas de direitos fundamentais, sem olvidar a dimensão sistemática da qual já tratamos,⁸¹ verificaremos que não há diferença de possibilidades jurídicas entre as normas de direitos fundamentais de liberdade e políticos e as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais, se não vejamos: que diferenças existem entre a norma “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (art. 5º, I, da CF) e a norma “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (art. 6º, da CF); entre a norma “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (art. 5º, IV, da CF) e a norma “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: proteção do salário da forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa” (art. 7º, inciso X, da CF) e entre as normas “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII, CF) e “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: seguro desemprego, em caso de desemprego involuntário” (art. 7º, II, CF).

No primeiro exemplo, a norma afirma que é direito do homem e da mulher serem tratados como iguais, da mesma forma que a norma do art. 6º, da CF, afirma ser a educação direito de todos os indivíduos na sociedade. No segundo exemplo, a norma, ao afirmar a liberdade de expressão, proíbe condutas que impeçam essa liberdade, da mesma forma que a norma sobre a proteção dos salários proíbe sua retenção dolosa, constituindo tal conduta, inclusive, crime. No terceiro exemplo, a norma assegura a liberdade de escolha de profissão, atendidas às especificações da lei, assim como assegura seguro-desemprego no caso de desemprego involuntário do trabalhador.

O fato de uma ou outra norma se referir a uma legislação futura não lhes retira a condição de direito fundamental do sujeito, apenas impõe um dever aos órgãos públicos de agir para melhor concretização desses direitos, que, se não cumprido, faz estes poderes incorrerem em omissão inconstitucional, posto que os direitos fundamentais valem pela

⁸¹ Aqui relembremos a concepção de BOBBIO sobre a superação da teoria das normas pela teoria do ordenamento jurídico, uma vez que a estrutura proposicional, por si só, pode não ensejar em sua leitura imediata o autorizamento, que não é desprezado pelo ordenamento jurídico em que a mesma se insere.

Constituição, posta pelos constituintes, não pela legislação ordinária, posta pelos poderes constituídos.

Dessa forma, entendemos que, do ponto de vista estrutural, não há diferenças que coloquem as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais na categoria de normas programáticas, pois todas as normas fundamentais expressam imperativamente obrigações jurídicas e uma autorização ao sujeito beneficiário de movimentar a máquina coativa em seu benefício. Essa autorização ao sujeito lesado outra coisa não é que direitos subjetivos, podendo ele cobrar a obrigação que lhe é devida diretamente a partir das normas constitucionais, finalizando numa possibilidade de aplicar uma sanção quando da inobservância do imperativo.

No art. 6º, da CF, por exemplo, pode-se perguntar, então, quem é o sujeito do dever e o sujeito do benefício, ao que responde Alexy ao ser referir à função prestacional dos direitos sociais, que significam direitos do particular de obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social).⁸² Porém, destacamos que as prestações através do Estado não o colocam como único devedor, apesar de ser o Estado o devedor mais direto. Como direitos fundamentais do indivíduo inserido na comunidade, tanto o Estado (sociedade política) como a comunidade (espaço da sociedade civil) são os agentes devedores dos direitos fundamentais sociais prestacionais, tendo como princípio a solidariedade, assentado no objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, da CF).

Estando definido o sujeito devedor, o sujeito beneficiário e a obrigação devida, não há que se falar em estrutura deficiente da norma, muito embora, como já assinalamos, o objeto desses direitos encontre particular dificuldade para sua efetivação, o que não lhe distorce a eficácia jurídica, ao contrário, passa a exigir uma reestruturação do Estado para melhor atender as necessidades de sua concretização, tal como se estruturou a máquina estatal para se ampararem os direitos de liberdade e políticos.

Em detalhes, o art. 5º, I, da CF, atribui aos sujeitos públicos e privados a obrigação de não fazer qualquer tipo de discriminação entre homens e mulheres fora dos termos da Constituição, autorizando, por outra via, o exercício do poder ao beneficiário da obrigação para acionar a máquina coativa em caso de não satisfação espontânea da obrigação. Igual

⁸² “Los derechos as prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares”. ALEXY, Robert. Teoría de Los Derechos Fundamentales. p. 482. Canotilho também ressalta que esses direitos se restringem à parcela de indivíduos que não têm como dispor desses bens diretamente, sem o auxílio do Estado. Se os bens tiverem oferta satisfatória no mercado e o particular tiver meios próprios de obtê-los, o Estado não lhe é devedor. O autor faz a ressalva de que o problema destes direitos gerarem pretensões originárias a partir das normas constitucionais é discutível. CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 408.

ocorre no art. 6º, da CF, que comanda aos sujeitos públicos e privados a obrigação de observar e garantir o dever de educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, etc. Essa norma também autoriza ao sujeito beneficiário da obrigação o exercício do poder de acionar a máquina coativa para o cumprimento dessas obrigações, sem desconhecer que, no último caso, o ordenamento jurídico constitucional carece de meios mais eficazes para a satisfação forçada desses direitos.⁸³

A doutrina que assume os direitos sociais prestacionais como programáticos argumenta que o art. 6º, da CF, carece de melhor definição do conteúdo dos direitos nele expressos, no sentido de se saber qual a extensão ou o limite de cada prestação, como, por exemplo, saber que tipo de moradia é adequada para satisfazer o direito à moradia. Qual o tamanho do direito? Igual questionamento pode-se fazer também quanto ao direito à livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV, da CF): qual o alcance dessa liberdade, ou seja, o que o sujeito de direito pode expressar livremente?

O problema estrutural (normas abertas), que atrai o problema sobre a definição do conteúdo, não se situa exclusivamente nas normas de direitos fundamentais sociais prestacionais. Tanto em uma categoria de normas fundamentais quanto em outra, há normas mais ou menos abertas, mais ou menos definidas. Como exemplo de normas de direitos fundamentais de liberdade bem definidas, de fácil aceção de seu objeto, podemos citar o art. 5º, inciso XLVII, que trata dos tipos de penas proibidas no Brasil. De sua leitura, conclui-se, imediatamente, que qualquer lei estatal que institua penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados ou cruéis, é inconstitucional, e se efetiva a norma eliminando tal lei do ordenamento jurídico.

Do outro lado, como exemplo de normas de direitos fundamentais sociais prestacionais bem definidas, de fácil aceção de seu objeto, temos o art. 7º, inciso VIII, que estipula o 13º salário a todo trabalhador. De sua leitura, conclui-se, imediatamente, que qualquer lei que venha abolir o 13º salário é inconstitucional, e o empregador que deixa de pagar o 13º salário está agindo contra a Constituição, e tanto a lei, no primeiro caso, quanto a inação do empregador, no segundo, devem ser combatidas por inconstitucional.

⁸³ Esse problema de garantias jurídicas mais efetivas não pode ser visto como um impedimento à realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, mas como problemas que devem ser enfrentados pelos ordenamentos jurídicos e poderes estatais. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles, p. 130. Também não podemos deixar de mencionar que “ao deparar com normas manifestamente inexecutáveis, o intérprete tende a negar seu caráter vinculativo, distorcendo, por esse raciocínio, o teor de juridicidade da norma constitucional. Em hipóteses tais, é a impossibilidade material de cumprimento da norma que gera sua inexigibilidade”. BARROSO. O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. p. 80.

Visto, então, que o problema de estrutura aberta não é exclusivo das normas de direitos fundamentais sociais prestacionais, pois nas duas categorias de normas, os órgãos efetivadores dos direitos fundamentais vão lidar com um maior ou menor grau de discricionariedade em sua efetivação, temos que esse problema, em se tratando de quaisquer dos direitos fundamentais, pode ser resolvido pelo aplicador do direito, no caso concreto, quando inertes o legislador e o administrador, onde se aduzirão razões e contra-razões em defesa de determinado conteúdo normativo.

O que queremos ressaltar é que, do ponto de vista estrutural, não há nenhuma diferença que coloque as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais como normas programáticas e que o problema de delimitação do conteúdo não se localiza apenas nessas normas, mas atinge também as normas de direitos fundamentais de liberdade. Na linha de não traçar diferenças estruturais entre as normas de direitos fundamentais, Barroso articula uma classificação das normas constitucionais em razão de seu conteúdo e de sua finalidade predominantes.

Tomando em conta a que elas se destinam ou o que elas definem, constata três tipos: **normas de organização** – organizam a estrutura estatal e disciplinam a criação de outras normas, tendo efeito constitutivo imediato; **normas definidoras de direitos** – estabelecem direitos e geram “situações subjetivas imediatamente desfrutáveis a serem materializadas em prestações positivas ou negativas”⁸⁴ – e **normas programáticas** – que estabelecem princípios ou finalidades públicas a serem alcançadas pelo Estado, sendo de eficácia limitada porque vinculam a ação estatal através de programas de ação (ex: art. 170, III, da CF, que estabelece: “a ordem social tem como primado o trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”).

As **normas definidoras de direitos** são as que definem direitos, sejam eles individuais, políticos, sociais e difusos. Os direitos individuais, para o autor, impõem essencialmente deveres de abstenção para os poderes públicos;⁸⁵ os direitos políticos são os de nacionalidade e cidadania - incorporam o indivíduo na comunhão nacional; os direitos econômicos, culturais e sociais, que Barroso chama globalmente de sociais, impõem ao Estado certos deveres de prestações positivas, e os difusos se caracterizam por pertencerem a

⁸⁴ BARROSO. O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. p. 105.

⁸⁵ Ibid., p. 101. O autor não destaca entre os individuais direitos que encerram prestações positivas (ex: art. 5º, LXXIV, da CF: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”).

uma categoria indeterminada de indivíduos e por seu objetivo indivisível (ex; direito ao meio ambiente).

Estruturados em normas definidoras de direitos, Barroso coloca que os direitos fundamentais sociais geram para o cidadão direitos subjetivos, “entendido como o poder de ação, assente no direito e destinado à satisfação de certo interesse,”⁸⁶ autorizando ao cidadão a faculdade de exigir do Estado a prestação devida. Sem desconhecer que as normas definidoras de direitos sociais enfrentam maiores problemas para sua efetivação, o autor afirma que esses problemas variam conforme a situação da norma: a) se geram situações prontamente atendíveis, dependentes apenas de uma abstenção (ex: direito de greve), assemelham-se às normas de direitos individuais e consistem em uma não atuação estatal para sua realização, não portando problemas para sua efetivação; b) se ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado (art. 196, art. 6º, art. 201, I, da CF), encontram maiores dificuldades para sua realização fática, no entanto, geram direitos subjetivos como acima delineados, sendo que a não prestação é inconstitucional e sancionável⁸⁷; c) se contemplam interesses cuja realização depende de edição de norma infraconstitucional integradora (ex: art. 7º, XI, da CF, participação nos lucros e resultados, e XXVII, proteção contra automação na forma da lei), geram direitos imediatos, ainda que dependentes de legislação posterior.

A última situação se assemelha às normas de eficácia limitada de princípios programáticos, de Silva, porém Barroso afirma que o constituinte concede os direitos e encarrega o legislador ordinário de apenas instrumentalizá-los, o qual, não o fazendo, incorre em omissão inconstitucional. Não se tratam de normas programáticas, sendo direta e imediatamente desfrutáveis os direitos nelas constantes, ainda que omissos o legislador, podendo ser utilizado o Mandado de Injunção para suprir a falta de regulamentação pelos poderes responsáveis.

A classificação de Barroso, em boa medida, tem importância por afastar dos direitos fundamentais sociais prestacionais a “pecha” de normas programáticas, que dependem de uma programação anterior legislativa ou executiva para gerar efeitos subjetivos, atribuindo efeitos diretos e imediatos a esses direitos, ainda que também reconheça a dificuldade de sua satisfação pelas exigências de seu objeto. O autor, assim, deixa de incorrer na desqualificação

⁸⁶ BARROSO. O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira, p. 103. O autor também afirma que o que distingue o direito subjetivo de outras posições jurídicas é o fato de: “a) a ele corresponde sempre um dever jurídico; b) ele é violável, ou seja, exige a possibilidade de que a parte contrária deixe de cumprir seu dever; c) a ordem jurídica coloca à disposição de seu titular meio jurídico – que é a ação – para exigir-lhe o cumprimento, deflagrando os mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado., p. 104. Essa fórmula é a mesma da norma jurídica como imperativo-atributivo.

⁸⁷ Ibid., p. 109.

dos direitos fundamentais sociais prestacionais por sua formulação normativa ou pelas dificuldades de implementação de seu objeto.

Apenas uma objeção se faz ao autor quando critica o uso da palavra direito na Constituição e refere-se ao direito à moradia. Diz ele que a palavra direito deveria ser reservada a casos em que das normas resultem “para o indivíduo uma situação juridicamente consistente, com o decorrente dever de abstenção, por parte do Estado e de particulares” ou a hipóteses “que ensejem ao titular do direito a exigibilidade de uma *prestação positiva*.”⁸⁸ (destaque do autor). Partindo dessa crítica, Barroso afirma que o direito à moradia (art. 6º, da CF) não investe o titular num direito subjetivo como acima delineia - poder de ação assente no direito e destinado à satisfação de certo interesse, que atribui ao cidadão a faculdade de exigir do Estado a prestação devida.

Entendimento diverso deixamos registrado. Com base nas formulações do próprio autor, ao se referir ao art. 6º, da CF, como norma definidora de direitos que ensejam exigibilidade de prestações positivas do Estado, temos que a norma referente ao direito à moradia, como todas as normas constantes no enunciado do art. 6º, da CF, enseja ao titular o direito de exigir a prestação nela contida, concedendo-lhe a possibilidade de movimentar a máquina coativa em caso de não prestação estatal devida, ainda que haja dificuldade na realização de seu objeto. Por isso afirmamos que esse direito melhor se efetiva através de políticas públicas ou programas de ação legislativos e/ou executivos, mas esse “melhor se efetiva através de políticas públicas ou programas de ação” não significa que as políticas públicas ou programas de ação sejam condições para sua exigibilidade, se não que a falta de políticas públicas e de programas de ação pode ser causa que os tornem exigíveis.

De outra linha, Sarlet faz uma classificação não das normas, mas dos direitos fundamentais, colocando na categoria de normas programáticas o arts. 6º e 7º, incisos II, III, IV, XI, XII e XIV, da CF, além de outros fora do catálogo, que se encontram espalhados pela Constituição do Brasil. O autor desenvolve sua classificação, considerando a função que assumem tais direitos, em: **direitos de defesa** – são direitos individuais ou coletivos⁸⁹ que impõem limites ao poder estatal, assegurando uma esfera de autonomia do indivíduo, implicando num dever de abstenção por parte dos poderes públicos; **direitos a prestações em**

⁸⁸ BARROSO. O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. p. 113/114.

⁸⁹ Aqui vai a diferença entre a classificação de Sarlet e Alexy: este não reconhece alguns direitos sociais como direitos de defesa (ex: direito de greve, art. 9º da CF). Destacamos ainda que Sarlet ressalta sempre, em sua obra, que sua classificação dos direitos fundamentais se baseia na função predominante, mas que não desconhece as dimensões defensiva e prestacional de todos os direitos, dando ênfase a sua função predominante. SARLET. A Eficácia dos direitos fundamentais. p. 285.

sentido amplo, que se desdobram em direitos à proteção (direito à proteção estatal contra ingerência de terceiros em determinados bens pessoais) e à participação na organização e procedimento (destinam-se à proteção da liberdade e igualdade, são uma espécie de dimensão prestacional dos direitos de defesa), apontando como exemplo os arts. 5º, XXXV, da CF (direito de acesso à justiça) e 17, § 3º, da CF, (direito a participar de recursos dos fundos partidários e acesso à propaganda política); e **direitos a prestações em sentido estrito** - são os chamados direitos prestacionais, direitos sociais a prestações materiais, tais como saúde, educação, cultura, etc.

Para Sarlet, pela caracterização de seu objeto (prestação), os direitos sociais prestacionais possuem uma estrutura normativa com textura vaga e aberta. Essa característica, aliada à dificuldade de implementação de seu objeto – a prestação - segundo o autor, são motivos que impossibilitam os direitos fundamentais prestacionais de gozarem de eficácia plena e aplicação direta, reservando a eles apenas o cunho programático, a necessitar, para sua plenitude, de uma intermediação legislativa.⁹⁰

O problema, para Sarlet, porém, não está tanto na vagueza e abertura das normas, o que torna indispensável a intervenção do legislador, pois há direitos de defesa que também possuem uma formulação vaga e aberta.⁹¹ A intervenção legislativa justifica-se, principalmente, por uma questão de competência para implementação de políticas públicas, “porquanto a realização destes direitos depende da disponibilidade de meios, bem como, em muitos casos, da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera sócio-econômica.”⁹² Mais pela realização do objeto e menos pela formulação normativa, os direitos sociais prestacionais são programáticos.

Constata-se, em Sarlet, que o problema não está em apenas saber o que cada norma pode conceder de direito, mas em como implementar seu objeto de forma forçada, quando inertes os sujeitos da obrigação. Citando o exemplo do art. 7º, XI, da CF, que tanto Silva como Barroso utilizam, Sarlet faz o seguinte questionamento, para ressaltar o problema competencial:

“Como poderiam, por exemplo, juízes e tribunais definir e regulamentar a forma da participação dos empregados nos lucros das

⁹⁰ SARLET. A Eficácia dos direitos fundamentais. p. 302. Vale destacar a crítica de Abramovich e Courtis de que esse entendimento este coloca em xeque a definição de direito, pois aceita como direito apenas as normas que encerram deveres negativos. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. p. 21/22.

⁹¹ Ibid., 351.

⁹² Ibid., p. 294.

empresas sem promover, além de uma análise de cunho técnico, um amplo e aberto debate envolvendo os seguimentos interessados (entidades sindicais dos trabalhadores e dos empregadores, etc.)?”⁹³

Para o autor, foge à competência do Poder Judiciário tal atribuição, além da falta de condições técnicas mesmo. Para nós, o juiz não tem competência para regulamentar a norma e definir a forma de participação, mas têm competência para decidir os casos: em uma demanda uma entidade de trabalhadores pode exigir seu direito contra uma empresa apresentando propostas e condições de participação nos lucros e resultados, que devem ser contraditadas pela empresa e apreciadas pelo juiz, para proferir uma decisão. Essa solução pode ser dada para os casos em que a omissão inconstitucional dos poderes prejudica o beneficiário dos direitos fundamentais sociais prestacionais e o Mandato de Injunção deve se prestar a esses casos.

Adiantando as idéias do próximo capítulo, devemos esclarecer que também não desprezamos as considerações sobre o objeto dos direitos fundamentais sociais prestacionais feitas por Sarlet, mas é forçoso evidenciar que o autor toma o direito subjetivo pela possibilidade de efetivar os direitos e não como possibilidade de efetivá-los, ocorrência muito comum na doutrina que toma a dificuldade jurídica de implementar o objeto para negar direitos subjetivos originários das normas constitucionais fundamentais sociais prestacionais.

As prestações sociais, por exigirem um maior empenho do Estado e da sociedade, tornam-se mais difíceis de serem cumpridas, é certo, mas tais dificuldades, constatadas na prática, são motivos para se buscarem mecanismos mais eficazes que satisfaçam esses direitos, não para se bloquear sua subjetividade. As dificuldades de implementação do objeto não têm a ver com o direito subjetivo ao que a norma confere como direito, embora afete de maneira negativa sua exequibilidade, pois a impossibilidade material de cumprir com as prestações não implica necessariamente em não se ter o direito, mas em não se ter o direito atendido, situações que claramente não se confundem. Por isso, tomamos o direito subjetivo como meio jurídico de tornar esses direitos mais efetivos, não de negá-los por ser complicada a sua efetividade.

Em conclusão a esta parte do trabalho, assentamos nossa posição de que as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais são definidoras de direitos e não de programas, descartando-se a hipótese de que sejam “programáticas”; “programáticos” não são os próprios direitos, “programática” é uma melhor forma de realizá-los, através de programas de ação. O mesmo Sarlet já assinala, baseado em Dieter Grimm, que “a eficácia e efetividade *de todos os*

⁹³ SARLET. A Eficácia dos direitos fundamentais, p. 295.

direitos fundamentais depende de uma política de direitos fundamentais.”⁹⁴ (destaque nosso). Sendo assim, os direitos fundamentais, todos eles, exigem um planejamento, uma política que melhor os realize, muito embora, essa política não se confunda com o próprio direito.

1.4 Normas de direitos sociais prestacionais como definidoras de direitos *prima facie*

Coube à doutrina corrente ampliar o sentido de normas,⁹⁵ passando estas a um gênero que abarca como espécies regras e princípios; os últimos com características que propiciam uma análise mais ampla do direito no processo interpretativo, inclusive, dando novo sentido às regras, ampliando-lhes ou limitando-lhes o alcance na apreciação de uma questão jurídica concreta. A concepção do direito com um conjunto de normas - regras e princípios - vestiu melhor a compreensão das normas constitucionais e, em especial, as de direitos fundamentais, por possuírem estas características mais afeitas a princípios.

Para Dworkin, a diferença entre regras e princípios está na dimensão da validade: as regras valem ou não valem e se aplicam à maneira do tudo ou nada,⁹⁶ já os princípios possuem uma dimensão de peso e sua aplicação deve considerar a importância que assume em dada questão jurídica. Os princípios, segundo Dworkin, “não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”,⁹⁷ como ocorre com as regras; ao contrário, os princípios enunciam razões que conduzem o argumento em uma certa direção, num caso particular.

É a dimensão de peso ou de importância que relativiza a aplicação dos princípios, quando estes se entrecruzam, o que os difere das regras. Para Dworkin, se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida; já com os princípios isso não ocorre, pois se eles entram em conflito um pode ceder ao outro, segundo a apreciação de seu peso e de sua importância para aquele caso, sem perder sua validade e muito menos a possibilidade de ter um maior peso em caso diverso.

Mas é em Alexy, na Alemanha, que vamos encontrar a concepção dos direitos fundamentais como disposições de princípios, de todos eles. Alexy afasta dos direitos

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. p. 227.

⁹⁵ Firmemos nossa posição em torno da diferença entre norma e enunciado normativo, o qual é um enunciado lingüístico, que, interpretado, resulta em uma ou mais normas jurídicas. Norma jurídica é uma categoria genérica que inclui regras e princípios, que lhe são espécies. Segundo Ávila, as normas não são os textos em si, são construções de sentido que se fazem a partir da leitura do texto, sendo o texto objeto da interpretação. ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. ver. e amp. Malheiros Editores: São Paulo, 2006. p. 33.

⁹⁶ DWORKIN. Levando os direitos a sério. p. 39.

⁹⁷ Ibid., p. 41.

fundamentais sociais prestacionais (para o autor, direitos sociais) o qualificativo de programáticos, que valem à medida da concretização legislativa, uma vez que os concebe como direitos *prima facie*. O problema dos direitos sociais apresentado por Alexy não parte da mesma base do problema brasileiro, já que, na Lei Fundamental da Alemanha, não há direitos sociais fundamentais positivados, sendo necessário inicialmente se aduzirem razões para sustentá-los, antes de argumentar se expressam ou não direitos definitivos para os indivíduos.

Os argumentos a favor dos direitos sociais como fundamentais, segundo Alexy, assentam-se no pressuposto da liberdade fática, que consiste na possibilidade real de fazer ou não fazer algo permitido. Adiciona-se ao argumento da real liberdade o apoio dos direitos sociais como fundamentais no princípio do Estado social e da igualdade jurídica.⁹⁸ Os argumentos contra são de natureza formal e material. O de natureza formal apega-se à estrutura normativa dos direitos sociais como impedimento para sua exigibilidade: a falta de determinação do alcance de seu conteúdo coloca o problema dos direitos sociais fora do âmbito jurídico constitucional, sendo, então, assunto de política, remetendo os direitos sociais fundamentais a decisões do legislador.

Acrescenta-se a esse argumento o fato de o objeto dos direitos sociais implicar em questões financeiras, constitucionalmente encarregadas ao poder Legislativo, o que faz a interferência do Judiciário nas questões orçamentárias um problema de invasão à competência legislativa. Essa tese entende que os direitos sociais são programas não vinculativos dos poderes e, portanto, não podem ser controlados pelo Poder Judiciário antes de uma decisão legislativa, sob pena de infração ao princípio da separação dos Poderes.

A outra objeção é de natureza material e se apresenta como uma contradição. Se, de um lado, os direitos fundamentais sociais visam proporcionar uma liberdade fática, de outro, eles atingem a própria liberdade material fundamental, já que vão impor limites a esta, gerando “uma colisão entre direitos fundamentais sociais de uns e direitos de liberdade de outros ou mesmo entre direitos fundamentais sociais e de liberdade do mesmo titular.”⁹⁹

Para Alexy, essas questões só podem ser resolvidas com a teoria dos princípios, que concebe os direitos fundamentais, todos eles, como princípios *prima facie*. Dessa forma, só é possível dizer quais direitos sociais fundamentais os indivíduos têm definitivamente, no caso concreto, pelo processo que envolve a ponderação dos princípios. Para o autor, os direitos sociais fundamentais se definem apenas após uma ponderação que leve em conta os

⁹⁸ ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales. p. 218/489.

⁹⁹ Ibid., p. 493

argumentos prós e contra, da mesma forma que ocorre com os direitos fundamentais de defesa, posto que os direitos fundamentais sejam proposições de princípios, os quais não estipulam direitos definitivos, se não mandamentos de otimização para que algo seja feito da melhor forma possível.

Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contiene *mandatos definitivos* sino solo *prima facie*...Los principios presentan razones que podem ser desplazadas por otras razones opuestas.¹⁰⁰(destaque do autor).

Como mandamentos de otimização, que enunciam mandados de que algo seja feito da melhor forma possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, as normas-princípio mandam que algo seja realizado em sua maior capacidade possível; o conteúdo do direito enunciado é o máximo dentro das possibilidades jurídicas – contenção da norma de forma imanente ou por outras normas – e fáticas - possibilidades reais de melhor concretização, ex: situação financeira possível frente à necessidade de realização de outros direitos igualmente fundamentais. Como princípios que têm sua máxima *prima facie*, os direitos sociais prestacionais são mandamentos de otimização para que algo seja feito da melhor forma possível (por programas de ação).

Porém, é necessário esclarecermos que o entendimento dos direitos enquanto princípios não significa que os direitos se constituam em uma dada questão jurídica através do processo ponderativo, mas que se delimitam segundo a relevância das razões apresentadas, quando em confronto. O conteúdo em si do direito é definitivo, os seus limites é que são ponderados; é o alcance do direito, a extensão de seu conteúdo, à *primeira vista* amplo, que se define numa dada questão jurídica pelo processo ponderativo. No confronto de princípios não se trata de ter ou não ter o direito, mas de se ter em determinado tamanho.

Essa clareza temos em Alexy, quando afirma que os princípios são mandamentos de otimização que mandam que algo seja feito da “melhor forma possível”: os direitos “à primeira vista” possuem o “maior alcance possível” e devem ser realizados da “melhor forma possível”, delimitando-se no caso concreto pelo processo ponderativo.

Desse modo, são os limites, o alcance dos direitos, “à primeira vista” amplo, que se ponderam e não os direitos em si. Há sempre algo no direito, um conteúdo, que é definitivo antes e que deve restar mesmo após um processo ponderativo em dada questão jurídica: o

¹⁰⁰ ALEXY. Teoria de los derechos fundamentales. p. 99.

conteúdo em si do direito é definitivo. O direito à liberdade de informação, por exemplo, quando confronta com o direito à privacidade e cede em razão deste, não significa que, na dada questão jurídica, não exista um direito à liberdade de informação,¹⁰¹ mas apenas que o direito à liberdade de informação não abrange a liberdade de invadir a esfera de privacidade de outro.

Com o direito à moradia, igual ocorre. O conteúdo em si do direito - a prestação de uma moradia (direito no aspecto prestacional) ou a defesa da moradia (direito no aspecto de defesa) - é definitivo, não podendo ser ponderado. Os limites do alcance do conteúdo deste direito é que pode ser ponderado: se o padrão de moradia requerido ou defendido pode ser atendido, frente às possibilidades jurídicas e fáticas.

Num caso de confronto entre o direito à moradia e o direito à propriedade, pela instituição de uma lei que aumente a alíquota do Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU – para constituição de um fundo para construção de casas para população de baixa ou sem renda, por exemplo, pondera-se se o direito à moradia inclui ou não a expropriação de bens materiais de outros, e não se há ou não um direito em si à moradia.

Pela concepção das normas como imperativo autorizante, aliada à teoria dos princípios, temos que as normas de direitos sociais prestacionais são princípios imperativos, que ordenam a concretização de seu objeto na maior medida possível e autorizam a reação do sujeito lesado, no sentido de compor seu direito, “à primeira vista” amplo, diretamente a partir da Constituição, mas cuja medida de seu conteúdo se dá, ao certo, no caso concreto. São normas que expressam um direito individual a prestações sociais - ainda que possam expressar outros direitos coletivos, difusos, institucionais – devidas pelo Estado e pela sociedade¹⁰² e não direitos a programas que verterão direitos individuais a partir de sua implementação.

Seguindo no intento de afirmar a indivisibilidade dos direitos fundamentais, sob o ponto de vista de sua eficácia jurídica, sem o exagero de fechar os olhos para as diferenças em seu objeto, podemos afirmar que as normas de direitos sociais prestacionais são definidoras de direitos *prima facie* e não de programas, assim como os direitos subjetivos que partem delas. Da mesma forma que os direitos de liberdade e políticos, os direitos fundamentais sociais prestacionais impõem ao sujeito obrigado o dever de respeito, proteção e satisfação,

¹⁰¹ Sobre a colisão apontada, cf. FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação.

¹⁰² Essa referência tem como exemplo os direitos trabalhadores, que se endereçam em primeira via aos empregadores, entes particulares e não estatais, sem descartar, no entanto, a idéia de que a sociedade é devedora solidária dos direitos fundamentais sociais prestacionais, pelo princípio jurídico constitucional da solidariedade, mas esse é um tema que merece um estudo à parte.

autorizando, por outra via, o sujeito beneficiário a reagir, pondo a máquina coercitiva em movimento, no sentido de exigir o cumprimento da norma.

Entender as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais como definidoras de direitos, ainda que *prima facie*, nos leva a verificar uma diferença entre direito e programação para realização do direito. Mesmo Sarlet, ao apontar a dificuldade de implementação do objeto como motivo para caracterizar os direitos fundamentais sociais prestacionais como direitos de cunho programático, evidencia uma diferença entre direito e sua forma de realização, pois é a complicada concretização do objeto dos direitos fundamentais prestacionais, para o autor, que lhe retira o qualificativo direto de direito, impondo-lhe uma intermediação programática.

Programas legislativos ou programas de ação legislativos ou executivos são apenas meios de tornar melhor exequíveis os objetos dos direitos constitucionais, em particular dos fundamentais. Naquilo que as normas comandam, elas sempre atribuem ao beneficiário do direito uma autorização para agir em seu favor, senão vejamos: o art. 7º, inciso XI, da CF, “São direitos dos trabalhadores [...] participação nos lucros ou resultados, conforme definido em lei”. Essa norma destaca uma obviedade em seu mandamento: o dever das empresas de participarem os lucros e resultados com seus empregados, atribuindo ao empregado a autorização para movimentar a máquina coativa quando o mesmo não ocorrer.

A segunda parte da norma, “conforme definido em lei”, que para Silva consiste numa programaticidade, é apenas um mandamento ao Poder Legislativo para que emita uma lei estabelecendo melhor como será essa participação. O direito a um programa é mais um viés desses direitos, uma forma de realizá-los coletivamente. A concretização legislativa pode vir pela estipulação de um programa que melhor realize a norma, mas sua falta não torna sua eficácia jurídica limitada se pensarmos nela sistematicamente como pertencente a uma ordem jurídica constitucional, que prevê mecanismos de garantia da força normativa de suas disposições, dos direitos que suas normas jurídicas imperativamente comandam.

Dentre essas garantias, podemos destacar o Mandato de Injunção – que mais à frente abordaremos com mais vagar - como a ação mais propícia a dar resultados quanto à satisfação dos direitos fundamentais sociais prestacionais em caso de omissão dos destinatários da obrigação de regulamentar as normas que necessitam de uma concretização infraconstitucional para surtir seus efeitos.

Para Canotilho, a solução não é diferente. Ele enxerga uma dimensão subjetiva nos direitos sociais com a mesma dignidade dos direitos de liberdades e garantias. Ao citar as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais sociais, o autor alerta que essas

dimensões não podem ser confundidas, ainda que entenda ser discutível defender pretensões prestacionais dos direitos sociais originariamente a partir das normas constitucionais.¹⁰³

Ao contrário do que geralmente se afirma, um direito econômico, social e cultural não se dissolve numa mera norma programática ou numa imposição constitucional. O direito à saúde é um direito social independente das imposições constitucionais destinadas a assegurar sua eficácia e das prestações fornecidas pelo Estado para assegurar o mesmo direito.¹⁰⁴

Ter direito a “algo” é ter a possibilidade de exigir esse “algo”, ainda que esse “algo” dependa de fatores outros que não devem ser desconsiderados, mas que não podem interferir no fato de ter o direito. A falta de um programa público que melhor concretize o direito não pode desqualificá-lo como direito, mas é evidência de descumprimento das normas e, nesse caso, o beneficiário está autorizado a pôr em movimento a máquina coercitiva, em busca de seu direito. Estando os direitos fundamentais sociais prestacionais configurados em normas definidoras de direito, geram direitos subjetivos fundamentais originários, ainda que *prima facie*, mesmo que faltem programas que os concretizem: a falta desses programas não desvirtua a fundamentabilidade daqueles direitos.

Porquanto possui a função de realizar o indivíduo em sociedade, a estrutura dos direitos fundamentais não pode diferenciar-se a ponto de tornar irrealizável sua função precípua. Afinal, todos os direitos fundamentais são sociais, pois pertencem a toda a sociedade, e, mesmo que cada indivíduo o requeira individualmente, é a sociedade como um todo que se beneficia de sua observância, tendo como resultado a estabilização social, pelo respeito que propicia entre seus membros.

¹⁰³ CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 408.

¹⁰⁴ *Ibid.*, 476.

CAPÍTULO II

SUBJETIVIDADE E JUSTICIALIDADE DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

2.1 Eficácia jurídica e social e posições subjetivas: a subjetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais

No capítulo antecedente, vimos que, estruturalmente - como normas imperativas definidoras de direitos *prima facie* que autorizam a reação do lesado no sentido de compor seu direito -, não há nada que impeça *a priori* que os direitos fundamentais sejam exigíveis diretamente a partir das normas constitucionais. No entanto, a doutrina (Crisafulli, Canotilho, Bockenförde, Sarlet, Clève, para citar alguns expoentes) trabalha com diferentes possibilidades de exigências em relação aos direitos fundamentais de liberdade e políticos e aos sociais prestacionais, reservando estes últimos uma baixa subjetividade em relação aos primeiros.

Superada a questão sobre o tipo de normas dos direitos fundamentais sociais prestacionais, restou o problema da definição do conteúdo e dos meios de implementação do objeto. A doutrina apontada, atualmente, coloca como obstáculo à derivação de direitos subjetivos positivos diretos a partir das normas constitucionais de direitos fundamentais sociais prestacionais problemas ligados à definição do conteúdo e, principalmente, a dificuldade de implementar seu objeto - a prestação - frente à escassez de recursos financeiros e de recursos jurídicos para controlar a atuação (mais a omissão do que a ação) do Estado, restando-lhes um direito subjetivo apenas no sentido negativo, de impedir invasões à esfera do direito, e não direito subjetivo no sentido positivo, de obter a prestação contida na norma, direito à prestação devida.

Para tratar do argumento doutrinário acima apresentado, a indagação central desta parte do trabalho gira em torno de se saber em que posição jurídica subjetiva se encontram os sujeitos de direitos dos direitos fundamentais sociais prestacionais, ou seja, se as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais são normas definidoras de direitos, ainda que *prima facie*, que tipo de direitos subjetivos geram essas normas? A resposta nos remete antes a um conceito de direito subjetivo, a uma abordagem sobre eficácia das normas, sua exequibilidade e a relação destas com direito subjetivo, e ainda a uma diferenciação das posições jurídicas subjetivas.¹⁰⁵

¹⁰⁵ A doutrina fala de situações subjetivas. Optamos pelo termo “posição” por localizar melhor o sujeito, quanto à autorização que o ordenamento fundamental lhe concede, como possibilidade de exigir seu direito.

A doutrina prefere tratar de situações subjetivas como gênero, enquadrando o direito subjetivo como espécie mais forte desse gênero, culminando com uma graduação dessa espécie em posições subjetivas positivas e negativas, sendo aquelas as que mais força têm na exigibilidade dos direitos fundamentais, pois possibilitam um pleito direto do direito contido na norma a partir da Constituição.

Reale aponta três espécies de situações jurídicas: **poder jurídico** - é a situação subjetiva de condição da pessoa que está obrigada, por força de lei, a fazer algo em benefício de outrem, investindo-se de autoridade. Trata-se de “um poder de fazer algo, como expressão de uma competência [...] sem que exista propriamente uma pretensão e obrigação correlatas;”¹⁰⁶ **interesse legítimo** - é uma condição indispensável para postulação em juízo. O pleito em juízo deve se assentar em um interesse legítimo: a saber se o direito do sujeito tem amparo jurídico e se de fato lhe pertence, compara-se a um direito subjetivo provisório; e **direito subjetivo** - é uma espécie de situação subjetiva que tem como característica principal a possibilidade de uma pretensão por um sujeito em relação a outro daquilo que a norma jurídica lhe atribui, garantidamente.

O autor toma a pretensão como o elo de conexão entre a norma jurídica abstrata e sua concretização, sendo o direito subjetivo a junção dos dois momentos: a possibilidade de ser exigido algo e a possibilidade de alguém pretender aquilo que a norma lhe atribui. O segundo momento é o que faz a norma existir no sentido do sujeito, que converte a pretensão abstrata numa pretensão concreta. “Direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio.”¹⁰⁷ Poderíamos trazer exemplos de conceitos de vários autores, mas todos convergem para um mesmo sentido: de que direito subjetivo é uma possibilidade que a norma jurídica coloca ao sujeito titular do direito para fazer valer seu direito perante o outro, sujeito de dever.

Essa noção parte de Kelsen, que toma inicialmente o direito subjetivo como mero reflexo do dever jurídico. Como a função básica das normas jurídicas, para Kelsen, é de impor dever e, secundariamente, poder de agir, em função de um dever não cumprido, o direito subjetivo não se distingue do direito objetivo; o direito subjetivo é o próprio direito objetivo que se coloca à disposição de um indivíduo para cobrar o cumprimento de um dever em face de outro indivíduo. “À conduta a que um indivíduo é obrigado em face de outro corresponde

¹⁰⁶ REALE. Lições preliminares de Direito. p. 261. O autor menciona também como espécie do gênero situações subjetivas a faculdade jurídica como um poder do sujeito de agir para obter um resultado jurídico, independente do outro, ou seja, é o poder de fazer ou não fazer. Não destacamos essa hipótese de situação subjetiva do autor, por entendermos que ela está absorvida no direito subjetivo. Ibid., p. 260.

¹⁰⁷ Ibid., p. 260.

uma determinada conduta do outro indivíduo. Este pode exigir ou reclamar a conduta do outro, a que este é obrigado em face dele.”¹⁰⁸

No entanto, Kelsen, ao tomar o direito subjetivo como poder jurídico, desenvolve a idéia de direito subjetivo em sentido técnico, que é um direito diferente do dever jurídico, cujo exercício objetiva fazer valer o não-cumprimento de um dever jurídico; o direito subjetivo em sentido técnico consiste na existência de um poder jurídico de um indivíduo de exigir o cumprimento do dever que se põe em seu favor através de uma ação.

A essência do direito subjetivo no sentido técnico específico, direito subjetivo esse característico do direito privado, reside, pois, no fato de a ordem jurídica conferir a um indivíduo não qualificado como “órgão” da comunidade – normalmente a um indivíduo em face do qual um outro é obrigado a uma determinada conduta - o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento deste dever, quer dizer, de pôr em movimento o processo que leva ao estabelecimento da decisão judicial em que se estatui uma sanção concreta como reação contra a violação do dever.¹⁰⁹

Contudo, Kelsen não deixou de ter o direito subjetivo como reflexo do dever jurídico, entendendo que o direito subjetivo como poder jurídico tem uma combinação com o direito reflexo, pois o direito subjetivo em sentido técnico pretende justamente garantir o cumprimento de um dever, através de uma ação, existindo somente uma pretensão quando existe o direito subjetivo em sentido técnico. O direito subjetivo em sentido técnico de Kelsen é uma técnica do ordenamento jurídico para garantir sua eficácia em caso de violação do dever, dispondo ao sujeito de direito o poder de reagir à lesão, no sentido de garantir o cumprimento do dever que o beneficia.

O sentido de poder numa relação de direitos fundamentais parece ser muito forte se admitimos os direitos fundamentais como direitos e obrigações de cada um e de todos perante cada um e a todos numa sociedade, como parcela do que cada um pode exigir dos demais.¹¹⁰ Por isso, ao apresentarmos o direito subjetivo como um poder, estamos nos referindo a um poder enquanto possibilidade, enquanto momento ou ato que pode ser exercido, e não apenas no palco judiciário, mas nos momentos próprios da relação jurídica, podendo culminar com requerimento e reconhecimento judiciais.

¹⁰⁸ KELSEN. Teoria Pura do Direito. p. 141/142.

¹⁰⁹ Ibid., p.153.

¹¹⁰ Já fizemos referência que essa idéia se inclui dentro dos direitos fundamentais positivados; na dogmática constitucional, como já afirmamos, está baseado nosso trabalho. Sendo assim, o ordenamento objetivo – abstrato – é a possibilidade do direito subjetivo.

Essa concepção leva o direito subjetivo para além do mero pleito judicial, encerrando duas faces: como possibilidade de imposição geral do direito pelo sujeito beneficiário do direito nas relações normais entre os indivíduos e entre estes e o Estado, através de discursos de defesa, e como possibilidade de recorrer ao Judiciário, para fazer valer seu direito forçadamente. Direito subjetivo é a possibilidade que o sujeito de direito tem de pretender aquilo que é lhe devido pela norma jurídica.

2.1.1 Eficácia jurídica e social, exequibilidade das normas jurídicas e direitos subjetivos

Três idéias devem ser destacadas antes de adentrarmos as questões sobre eficácia e subjetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais: A primeira é de Silva: “cada norma é executável por si mesma até onde possa, até onde seja susceptível de execução. O problema situa-se justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais efeitos parciais e possíveis de cada uma.”¹¹¹ A segunda é de Crisafulli: “nenhuma norma é em si completa, visto que não se saberia verdadeiramente em que fazer consistir o caráter completo de uma norma; cada norma, em certo sentido, é incompleta, porque geral e abstrata, tanto que necessita do trabalho do intérprete para tornar-se concretamente aplicável aos casos singulares da vida social [...] existem normas mais ou menos incompletas [...] que requerem operações mais ou menos demoradas e complexas de interpretação para preencher-se o hiato que sempre separa a regra abstrata do caso historicamente individual que se trata de regular concretamente.”¹¹² A terceira é nossa: cada norma em si possui eficácia jurídica plena naquilo que enuncia, sofrendo as limitações que lhe são inerentes - limites imanentes - ou impostas pelo conjunto de outras normas e/ou pelas situações fáticas.

Essas três idéias apontam para o caráter pleno e incompleto de toda norma: pleno, porque ela possui juridicidade no que enuncia, e incompleto, porque essa juridicidade possui limites e os limites lhe dão a plenitude naquilo que as normas expressam como direito. Dizer que uma norma jurídica objetiva é eficaz juridicamente é afirmar que ela possui todas as condições jurídicas para gerar seus efeitos jurídicos. Nenhuma norma jurídica adentra um ordenamento sem a pretensão de gerar efeitos, e esses efeitos jurídicos são sempre plenos

¹¹¹ SILVA, Afonso José. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. p. 76.

¹¹² CRISAFULLI. La Costituzione e lè sue disposizione di principio. p. 106.

naquilo que enunciam, incluindo-se aqui as normas programáticas, cuja definição e exemplos já expusemos no capítulo anterior. Em resumo, toda norma jurídica é plenamente jurídica.¹¹³

Porém, tal afirmação, merece que seja feita a devida diferença entre eficácia jurídica, eficácia social e exeqüibilidade, principalmente quando transportamos essas noções para os direitos fundamentais, atribuindo-lhes eficácia jurídica plena no que suas normas enunciam como direito. As primeiras menções teóricas sobre a eficácia das normas jurídicas ressaltavam a independência dos planos da validade do direito e de sua eficácia, fazendo uma diferenciação entre validade e eficácia das normas.

Para Kelsen, por exemplo, a validade das normas significa que elas são obrigatórias por observarem o processo legal de sua elaboração, enquanto que sua eficácia consiste no fato de os homens se conduzirem realmente conforme as normas válidas, ou seja, de os homens observarem a conduta prescrita nas normas. A eficácia não está no mesmo plano da validade, embora se conecte com ela; a eficácia é uma afirmação sobre a conduta conforme às normas.¹¹⁴

Bobbio expressa a mesma noção de eficácia das normas jurídicas. Discorrendo sobre os critérios de valoração, distingue três modos de valor as normas jurídicas: de serem justas ou injustas, de serem válidas ou inválidas e de serem eficazes ou ineficazes. Esses critérios são independentes e, no que respeita à questão da eficácia, o problema consiste em elas serem ou não seguidas pelas pessoas a quem se dirigem, ou seja, pelos destinatários das normas jurídicas.¹¹⁵ O autor entende a eficácia jurídica das normas como o fato de elas serem observadas, cumpridas.

As explicações de Kelsen e Bobbio nos demonstram que esses autores afirmam uma eficácia social quando se referem à eficácia jurídica das normas, mas, se lembrarmos que tanto Kelsen quanto Bobbio tomam a sanção como essência do direito, sendo as normas jurídicas que prescrevem a conduta apenas um pressuposto para a aplicação da sanção e estas, as que prescrevem as sanções, as verdadeiras normas, e os agentes encarregados da aplicação da coação os verdadeiros destinatários das normas jurídicas, aqueles autores, na verdade,

¹¹³ Essa expressão parece uma tautologia, mas serve para reforçar a idéia de não há normas jurídicas sem juridicidade e que essa juridicidade é sempre plena naquilo que a norma enuncia.

¹¹⁴ Cabe aqui ressaltar que para Kelsen as duas ordens validade e eficácia, embora independentes, possuem uma conexão: a eficácia é condição de validade “no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes”. Porém, a eficácia não é seu fundamento de validade. “Uma ordem jurídica não perde, porém, sua validade pelo fato de uma norma singular perder sua eficácia, isto é, pelo fato de ela não ser aplicada em geral ou em casos isolados. Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, *numa consideração global*, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas”. (grifo do autor). KELSEN. Teoria Pura do Direito. . 236/237.

¹¹⁵ BOBBIO. Teoria da Norma Jurídica. p. 45-48.

estão tratando de uma eficácia social da norma, da condição de efetivamente a norma ser observada (norma primária que prescreve a sanção) de quando da não observância espontânea das normas secundárias (que prescrevem as condutas), entendidas estas como mera condição de atuação do direito.

Só podemos compreender melhor essa questão se estipularmos o conceito de cada termo e seus limites. Para Reale, a eficácia (o autor trata da eficácia social - efetividade), refere-se “ao cumprimento do Direito por parte de uma sociedade, ao “reconhecimento” do Direito pela comunidade [...] aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento.”¹¹⁶(grifo do autor). No entanto, há uma diferença entre eficácia jurídica e eficácia social. A primeira está ligada à condição da norma para alcançar o resultado jurídico pretendido pelo legislador, enquanto a segunda consiste na observância efetiva da norma por parte de seus destinatários.

Afonso da Silva, ao inserir a palavra “capacidade”, nos dá uma noção mais exata dos termos quando afirma ser a eficácia jurídica a capacidade das normas atingirem seus objetivos, é a capacidade que a norma tem de realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador, refere-se as condições de aplicabilidade, exigibilidade e executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica, enquanto que o alcance desses objetivos constitui a efetividade (eficácia social): “tratando-se de normas jurídicas, fala-se em eficácia social em relação à efetividade porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade jurídica de que isso venha a acontecer.”¹¹⁷ O direito subjetivo tem a ver com a eficácia jurídica.

A diferença mais corrente na doutrina está em a eficácia jurídica (ou somente eficácia) ser a qualidade da norma para produzir seus efeitos jurídicos. Essa noção está mais ligada à estrutura normativa, quando a norma estipula todas as suas condições de aplicabilidade, quando contém todos os requisitos necessários para sua aplicação, embora não seja de fato aplicada. Já a eficácia social (chamada também de efetividade) consiste no fato de a norma ser observada pelo grupo social a que se destina. Kelsen e Bobbio não trataram dessa diferença, mas apenas da eficácia como efetividade, porque, ao entenderem que as normas se dirigem aos aplicadores da sanção, ela se efetiva quando aplicada no caso da violação da conduta, pressuposto da sanção.

¹¹⁶ REALLE. Lições Preliminares de Direito. p. 114.

¹¹⁷ SILVA. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. p. 66.

A noção de eficácia social como observância espontânea das normas pelos sujeitos de dever, tal qual se referia Reale, é uma noção estreita. O ordenamento jurídico, embora deva se assentar no reconhecimento da organização social a qual se destina, existe como instrumento de contenção e de adaptação social e, como tal, a eficácia social deve englobar também a condição de cumprimento forçado quando da não observância das normas por alguns membros do grupo a que se destina o ordenamento jurídico. A eficácia social consiste, dessa forma, na observância espontânea pelos sujeitos de dever e na aplicação forçada em caso de inobservância do dever.

Pela exposição das diferenças, podemos estar certos de que o direito subjetivo tem relação com a eficácia jurídica, parte da eficácia jurídica das normas, e, como ressaltamos, as normas jurídicas, sendo plenas no que enunciam, há sempre direito subjetivo a partir das normas objetivas,¹¹⁸ sendo este, inclusive, fator impulsionador da eficácia social das normas, não deixando sua observância ao alvedrio dos sujeitos de dever. A eficácia social é também dependente da existência do direito subjetivo (como possibilidade de defesa nas relações normais entre os indivíduos e entre estes e o Estado, através de discursos de defesa, e como possibilidade de recurso Judicial, para fazer valer o direito forçadamente - direito subjetivo em sentido técnico de Kelsen).

A noção mais ampla de efetividade pressupõe a existência de direito subjetivo, como possibilidade de se fazer efetiva a norma jurídica: quanto maior for a possibilidade de exigibilidade, tanto maior será a possibilidade de cumprimento, e quanto maior a possibilidade de cumprimento, mais terão efetividade as normas jurídicas. Essa relação foi apontada por Ihering, ainda no século XIX, ao criticar a doutrina então dominante de que a relação entre direito objetivo e subjetivo consistia numa relação unilateral, em que o direito subjetivo (concreto) se constituía a partir do direito objetivo (abstrato). Ihering afirmava que há uma relação de dependência e de igual intensidade entre direito objetivo e direito subjetivo. “O direito concreto não só recebe vida e energia do direito abstrato, mas a ele devolve. A essência do direito consiste na sua realização prática.”¹¹⁹

Se a ampla efetividade (espontânea e forçada) pressupõe a possibilidade de se exigir o direito - direitos subjetivos -, a sua negativa implica em diminuição da efetividade das normas. O argumento, então, de que a difícil implementação do objeto do direito, por falta de

¹¹⁸ Para Bobbio, não há dicotomia entre direito objetivo e direito subjetivo; o contraposto de direito subjetivo é a obrigação ou o dever. “O que não é direito subjetivo não é o direito objetivo, mas sim a obrigação.” BOBBIO. *Da Estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. p. 143.

¹¹⁹ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006. p. 58.

meios de controle de sua efetivação forçada, impede a existência de direito subjetivo toma a possibilidade de efetividade como causa da subjetivação dos direitos e não como consequência de sua perspectiva subjetiva. O resultado disso é a colocação da efetividade das normas à disposição dos sujeitos de dever e a redução da efetividade das normas de direitos fundamentais sociais prestacionais ao campo da observância espontânea, o que só dificulta sua efetivação.

A difícil implementação não pode ser tomada como causa de negação de direitos subjetivos, uma vez, como já observamos, que estes têm a ver com a eficácia jurídica, derivando das normas, não da possibilidade de sua execução. A possibilidade de execução ou não do direito contido na norma está no campo da exequibilidade dos direitos, que se relaciona também com a efetividade, porque diz com a plenitude das normas no mundo dos fatos, mas não se confunde com o direito subjetivo. A exequibilidade diz com a concretização das normas no mundo dos fatos; com sua realização, com sua execução, que pressupõe certas condições fáticas, sem as quais a norma pode ser aplicada, mas não pode ser realizada (ex: a medida penal que exige internação em colônia agrícola depende da existência da colônia agrícola; o direito prestacional à moradia para os que dela necessitam e não podem provê-la, senão pelo Estado, requer capacidade financeira do sujeito de dever para realizá-lo).

Mas vejamos bem, “falta de colônia agrícola e de capacidade financeira do Estado para realizar os direitos” demonstram que os direitos existem, são subjetivos, mas encontram barreiras para sua exequibilidade. Os exemplos mostram que problemas fáticos, como a não existência de uma colônia agrícola ou a incapacidade financeira do Estado, interferem na realização dos direitos contidos nas normas, prejudicando sua exequibilidade, mas não desvirtuam o direito em tê-los efetivados. Assim, não ter o direito atendido, ou não ter como fazer valer o direito, não é o mesmo que não se ter o direito.

Temos que reposicionar as questões: o direito subjetivo dos direitos fundamentais, especificamente dos sociais prestacionais, parte das normas jurídicas e não da capacidade econômica do Estado. Esta, somente após um processo ponderativo, entre outros direitos e/ou bens fundamentais, pode influenciar na subjetividade do tamanho dos direitos em dada questão jurídica ou mesmo impedir a efetivação do direito por inteira falta de condições. O objeto e suas dificuldades fáticas de implementação têm a ver com a exequibilidade do direito, não com sua subjetividade.

Não podemos tomar as dificuldades fáticas de implementar o objeto dos direitos para negar os direitos subjetivos, mas tomar o direito subjetivo como meio jurídico de tornar os direitos mais efetivos. Quem nega os direitos subjetivos diante das dificuldades de

implementar seu objeto dificulta ainda mais sua efetivação; quem afirma os direitos subjetivos apesar das dificuldades de implementação de seu objeto melhora as possibilidades de sua efetivação, pois impulsiona um processo que exige justificativa plausível e aceitável para sua negação.

A eficácia jurídica e a efetividade das normas têm uma relação proporcionalmente direta com as posições jurídicas subjetivas de que se investem os jurisdicionados. Pelos conceitos apresentados, quanto melhor a eficácia jurídica, tanto melhor será a posição jurídica subjetiva, e quanto melhor é a posição subjetiva, maior será a efetividade da norma. Há uma reação em cadeia: se a norma reúne condições de aplicabilidade – para nós as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais reúnem tais condições - melhor investe o jurisdicionado na condição de exigir e, quanto melhor posicionado na condição de exigir, mais efetividade tem a norma.

Diante dessa relação, atribuir programaticidade às normas de direitos fundamentais sociais prestacionais, por sua estrutura normativa e/ou pelas exigências de seu objeto, resulta em dificultar a posição jurídica subjetiva do jurisdicionado, que, por sua vez, implica numa baixa efetividade dessas normas, pois deixa a efetividade desses direitos no campo estreito de mera observância espontânea pelos sujeitos do dever, não porque as normas programáticas não gerem direitos subjetivos, mas porque não geram subjetividade direta a direitos, se não a programas legislativos e/ou executivos que configurem direitos.

Ao contrário, se as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais são definidoras de direito, aos sujeitos de direito é atribuído direito subjetivo, ainda que *prima facie*, de exigir o cumprimento diretamente do dever, inclusive, “forçadamente pelo poder Judiciário”. Assim, maior efetividade terá a norma, tal como nos coloca Ihering, ao comparar a relação entre direito objetivo e subjetivo à circulação do sangue, “que parte do coração e para ele reflui.”¹²⁰ O direito subjetivo é causa, ainda que não a única, da efetividade das normas e serve justamente para garantir maior efetividade às normas e não consequência da possibilidade de implementação do direito.

A situação pode ser posta da seguinte forma: se a norma X expressa que os contratos devem ser cumpridos e A contrata com B um empréstimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), A tem direito subjetivo de cobrar diretamente a B o pagamento da dívida (direito subjetivo amplo) ou de justiciar seu direito se não houver o cumprimento espontâneo por parte de B (direito subjetivo em sentido técnico), ainda que B não tenha como pagar. Aliás, só se pode

¹²⁰ IHERING. A luta pelo direito. p. 59.

saber da possível exequibilidade do direito ou não se for exercido o direito subjetivo. Se A ficar inerte, sem exercer a autorização da norma para fazer valer seu cumprimento, B pode ter como cumprir a norma, mas não cumprir (falta de efetividade).

Vamos a um exemplo mais próximo de nosso trabalho: o art. 7º, inciso IX, da CF, expressa: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais [...] remuneração do trabalho noturno superior à do diurno”. Um empregado A trabalha em uma empresa B no período de 22h de um dia às 5h do dia seguinte, na função de vigia, no entanto, a empresa B não paga ao empregado A seu adicional noturno e vem alegando falta de condições financeiras para tanto. Nessa situação, indaga-se: empregado A não tem direito subjetivo - tanto para defender seu direito diretamente na empresa ou para recorrer ao Judiciário - ao adicional noturno?

A resposta à questão, para nós, é positiva: A tem, sim, direito subjetivo, a despeito das condições da empresa B, pois, se for lhe negado o direito subjetivo com base na alegação da empresa, a norma acaba por perder ainda mais a possibilidade de se efetivar. Nesse caso, as baixas condições financeiras da empresa, se verdadeiras, impedirão a realização do direito no mundo dos fatos, mas não tem o poder de negar a existência do direito. Pelo exemplo, observamos a diferença entre o direito e sua impossibilidade fática de atendimento, da qual já tratamos.

A dificuldade de implementação do objeto não pode ser, portanto, negativa de direitos subjetivos, tendo apenas um efeito de influenciar na efetividade (eficácia social) das normas. A difícil implementação do objeto do direito tem a ver com a exequibilidade não com direitos subjetivos, pois estes derivam das normas e não da possibilidade de se fazer cumpri-las. O exercício do direito subjetivo, inclusive, é um meio jurídico de se alcançar a efetividade dos direitos, sendo que o exercício do direito subjetivo a prestações é meio jurídico de se alcançar a efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

2.1.2 A subjetividade das normas programáticas

Como forma de firmar a concepção de que as normas são sempre plenas no que enunciam e de que há sempre direitos subjetivos a partir das normas objetivas, como reforço à idéia que adiante trataremos de que esses direitos são subjetivos em sentido forte (positivos), e tendo ainda certo que as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais, como definidoras de direitos que são e não de programas, geram direitos subjetivos positivos diretos, faremos uma breve análise das normas de eficácia limitada de Silva, quanto à sua subjetividade.

Desprezando as normas de princípios institutivos facultativas ou permissivas, porque estas, como o próprio nome já diz, não impõem uma obrigação ao legislador, mas apenas enunciam uma permissão de fazer, por isso vêm sempre acompanhadas da forma verbal “poderá”, iniciaremos com as normas de princípios institutivos impositivas: “A lei disporá sobre a criação, estruturação e atribuição dos Ministérios” (art. 88, da CF), “A lei regulará a organização e funcionamento do Conselho da República” (art. 90, § 2º).¹²¹ Essas normas enunciam uma obrigação ao órgão legislativo constituído para legislar sobre determinados assuntos. A legislação sobre assunto A ou B é o direito que a norma enuncia, e a obrigação de legislar é o dever dos órgãos legislativos. Como tal, essas normas possuem eficácia jurídica plena, pois reúnem todas as condições necessárias para sua aplicabilidade e, por conseguinte, para sua observância, ou o legislador necessita de algo mais para saber que deve dispor, por lei, sobre a criação, estruturação e atribuição dos Ministérios, e que deve regular por lei a organização e funcionamento do Conselho da República?

Se o órgão legislativo não legislar (falta de eficácia social espontânea) tem o sujeito de direito a possibilidade de exigir a obrigação contida na norma ao sujeito de dever, através de uma ação judicial (direitos subjetivos), embora a exequibilidade do direito seja carente, por falta de meios coativos mais eficazes (eficácia social forçada). Propriamente Silva assim também entende, quando afirma que “as normas impositivas estatuem a obrigatoriedade de o legislador emitir uma lei [...] na forma, condições e para os fins previstos,”¹²² embora reconheça que essa obrigatoriedade é de pequena eficácia (social) por falta de meios jurídicos para constranger o legislador a legislar.

Se o legislador não observa o comando, incorre em omissão inconstitucional. Ora, se a omissão implica em falta de cumprimento do dever, há nessa relação um sujeito de direito, pois é característica essencial do direito a bilateralidade, ainda que a noção de sujeitos na relação jurídica tenha passado por amplas transformações no último século.¹²³ O que essas normas não têm é aplicabilidade direta do direito à criação, estruturação e atribuição dos Ministérios e à organização e funcionamento do Conselho da República, que só podem se dar após uma intermediação legislativa.

Iguais considerações fazemos em relação às normas tidas como programáticas: a) “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, da CF); b) “A lei

¹²¹ SILVA. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. p. 127.

¹²² Ibid., p. 128

¹²³ Inclusão de sujeitos coletivos determinados e até de sujeitos indeterminados.

estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais (art. 216, § 3º). Essas normas possuem eficácia jurídica plena no que enunciam e enunciam obrigações ao legislador constituído de emitir normas, no sentido de concretizar os fins previstos constitucionalmente; o que elas não têm é subjetividade direta quanto aos fins, isto é, não geram direitos subjetivos imediatos aos fins, porque não estipulam imediatamente os fins, mas somente a concretização dos fins através de lei. Por outra via, geram direitos subjetivos à legislação para concretização de seus fins.

Tais normas estipulam, de fato, o direito a um programa e, nessa condição, de imposição de um programa, são plenamente eficazes, reunindo todas as condições para sua aplicabilidade, se não vejamos: de que necessita o legislador a mais do que os enunciados normativos para cumprir com sua obrigação? Se não cumprir com sua obrigação de legislar, incorre em falta inconstitucional, o que já perturba a eficácia social pela não adesão espontânea à norma, e se o sujeito de direito não se posiciona de forma a exigir o cumprimento da norma, no que ela enuncia, destacamos, piora ainda mais sua efetividade.

O problema dessas normas, com destaque para as programáticas, está na dimensão da sua exeqüibilidade, ou seja, não no direito subjetivo à configuração legislativa dos programas para cumprir os fins constitucionais, mas em como fazer o sujeito de dever cumprir sua obrigação constitucional de legislar. Porém, como já observamos ao abordarmos a mesma questão das normas fundamentais de direitos sociais prestacionais, o problema da exeqüibilidade não pode ser excludente do direito subjetivo.

Diferente das normas fundamentais, o que as normas programáticas não têm é aplicabilidade direta de seus fins. Por força do art. 5º, § 1º, da CF, as normas de direitos fundamentais, todas elas, possuem aplicabilidade imediata e isso inclui direitos subjetivos diretos, negativos e positivos, ainda que, no caso dos sociais prestacionais, estes exijam maior empenho do Estado e da sociedade para sua efetivação e falem meios jurídicos mais eficazes de controle para sua efetivação forçada.

Cabe destacar ainda, na esteira de quem entende as normas programáticas como as que definem fins sem estipular os meios – e já tendo feito a exclusão das normas de direitos fundamentais sociais prestacionais porque estas não definem fins e sim direitos, ou também definem fins além dos próprios direitos – que a referência a programas de concretização não significa fazer valer os fins pelos meios, ou fazer valer os fins a partir dos meios, mas deixar à discricionariedade dos órgãos constituídos (Executivo e Legislativo) a busca do melhor caminho a tomar. Ressalta-se que não se entende essa discricionariedade como falta de controle, mas como um comportamento dos agentes públicos que deve sempre está pautado

nos princípios e objetivos constitucionais, podendo ser avaliado por critérios (princípios) como o da proporcionalidade e da razoabilidade.¹²⁴

2.1.3 Dimensões do direito subjetivo e posição dos jurisdicionados frente às normas de direitos sociais prestacionais

Elucidadas as diferenças entre eficácia jurídica e efetividade bem como suas implicações e conseqüências no direito subjetivo, e tendo afirmado que as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais são definidoras de direito, gerando, portando, direitos subjetivos, resta-nos saber em que posição jurídica subjetiva se encontram os jurisdicionados na qualidade de sujeitos de direito dos direitos fundamentais sociais prestacionais. Garante-se a possibilidade aos sujeitos de direitos de exigir uma prestação dos sujeitos que se encontram subordinados ao ordenamento jurídico na qualidade de devedores de respeito, proteção e satisfação?¹²⁵

Os direitos fundamentais sociais prestacionais ainda enfrentam uma forte oposição no que se refere à aceitação de direitos subjetivos a partir das normas constitucionais, oposição que, segundo Melo,¹²⁶ só foi vencida pelos direitos fundamentais de liberdade e políticos com a incorporação destes no regime jurídico dos direitos subjetivos privados, tal qual cunhado por Kelsen, direito subjetivo em sentido técnico, que transpôs a noção de direitos subjetivos para as liberdades fundamentais.

Apesar de formular o conceito de direito subjetivo em sentido técnico baseado nas relações de direito privado, Kelsen transfere aos direitos fundamentais de liberdade a possibilidade de serem direitos subjetivos no sentido de um poder jurídico, se a ordem jurídica colocar à disposição dos indivíduos atingidos por uma lei inconstitucional um direito de ação que desencadeie um processo que conduza à anulação da lei inconstitucional. Caso contrário, esses direitos não significarão “outra coisa senão a mencionada dificuldade da limitação legal destes “direitos”.”¹²⁷ (grifo do autor) Dessa forma, Kelsen aproxima o direito

¹²⁴ Sobre o critério da proporcionalidade, consultar STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre o Princípio da Proporcionalidade*. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Celso Bastos, 1999.

¹²⁵ Tomamos emprestados de Abramovich e Courtis os níveis de obrigações a que está submetido o Estado com relação aos direitos fundamentais. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. p. 140.

¹²⁶ MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. *Rev. Do Min. Público do RS*, Porto Alegre. Livraria do Advogado: ESMPI, nº 56, p. 125 – 138, set/dez, 2005. Edição temática: “Os Desafios dos Direitos Sociais”. p. 109.

¹²⁷ KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. p. 160.

subjetivo em sentido técnico, próprio do direito privado, do direito subjetivo fundamental, do direito subjetivo público.

Kelsen, quando trata de direito subjetivo fundamental, o menciona como poder de desencadear um processo que conduza à anulação de uma lei inconstitucional apenas, pois quando formulou sua teoria, tinha em mente um ordenamento jurídico fundamental baseado apenas em normas negativas e controle de defesa dos indivíduos frente ao Estado, não em normas positivas, cuja função é promover a cooperação comum da sociedade, ocorrência que não pode ser desprezada em nenhuma análise atual sobre a subjetividade das normas fundamentais.¹²⁸ Por isso, não podia pensar em um direito subjetivo fundamental no sentido positivo.

Então, por Kelsen, a idéia de direitos subjetivos privados passa aos fundamentais como direitos subjetivos públicos e se enquadra bem, inicialmente, aos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa. Mas, como já assinalamos, a noção de direitos de liberdade como direitos apenas de defesa é estreita diante das exigências de gozo efetivo dos direitos fundamentais pelo conjunto social, pois não encontramos mais a liberdade como algo apenas pressuposto, mas que necessita ser posta por prestações materiais. Daí a necessidade de extensão da subjetividade dos direitos públicos à categoria dos fundamentais sociais prestacionais, sob pena de se estar defendendo as liberdades de apenas uma parte dos indivíduos no contexto social, precisamente daqueles que gozam de um padrão de bem estar material que os possibilita o usufruto de suas liberdades públicas.

Mas, ainda que a doutrina tenha avançado na questão da juridicidade das normas de direitos fundamentais sociais prestacionais, chegando a aceitar a subjetividade dessas normas, não lhes atribui um direito subjetivo em sentido forte,¹²⁹ tal qual ocorre com os direitos fundamentais de liberdade e políticos, de exigir diretamente, a partir das normas fundamentais, o direito nelas configurado, mas apenas o admite em sentido fraco, um direito subjetivo negativo. Isso ocorre por duas razões, que já anunciamos: vagueza e abertura na formulação das normas - onde se coloca o problema da definição do conteúdo - e dificuldades em se implementar seu objeto onde se coloca a necessidade de uma decisão política anterior para sua concretização.

¹²⁸ BOBBIO. Da Estrutura à função. p. 209.

¹²⁹ Utilizamos os termos: **direito subjetivo em sentido fraco** para nos referirmos aos direitos subjetivos negativos, direitos subjetivos do indivíduo a que o Estado se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo das normas de direito fundamental, e **direito subjetivo em sentido forte** como a possibilidade de acionar diretamente a partir das normas constitucionais a prestação contida nos direitos fundamentais sociais prestacionais, direito subjetivo positivo.

A doutrina (Crisafulli, Bockenförde, Canotilho, Sarlet, Clève, para citar alguns expoentes) apresenta uma graduação na posição jurídica de exigibilidade dos direitos fundamentais pelo sujeito de direito. Crisafulli aponta dois tipos de situações subjetivas que derivam das normas constitucionais: situações subjetivas negativas, ou de vínculo, e situações subjetivas positivas, ou de vantagem. As primeiras referem-se a uma posição passiva e as segundas a uma posição ativa na relação jurídica, ou seja, as primeiras vinculam o sujeito a um dever e as segundas o vinculam ao direito de exigir.

Para o autor, as normas constitucionais geram situações subjetivas negativas ou de vínculo praticamente numa mesma intensidade, o que significa que vinculam os sujeitos de dever numa mesma intensidade. O mesmo já não ocorre nas situações jurídicas positivas ou de vantagem, havendo aqui uma graduação na intensidade,¹³⁰ o que quer dizer que algumas normas geram em maior intensidade uma possibilidade de exigir seu cumprimento – direito subjetivo positivo (em sentido forte) de exigir o direito diretamente - enquanto outras, não. As normas programáticas se encontram no segundo grupo, gerando, no máximo, direito subjetivo negativo (em sentido fraco) de exigir apenas que os sujeitos de dever se abstenham de práticas contrárias ao direito.

A mesma idéia traz Silva, ao tratar das diferentes eficácias normativas das normas constitucionais, quando afirma que “a tutela será tanto mais intensa quanto mais completa for a eficácia da norma constitucional, tratando-se de situações subjetivas de vantagem.”¹³¹ O que fica das afirmações desses autores é que nem sempre às situações subjetivas de vínculo correspondem situações subjetivas de vantagem, mais claramente, nem todo dever gera, em contrapartida, um direito subjetivo correspondente. Revela-se a existência de direitos objetivos, sem que aos mesmos corresponda um direito do sujeito de exigir a obrigação devida. É similar a situação subjetiva que Reale chama de Poder Jurídico – o qual consiste num poder de fazer algo como expressão de uma competência, sem uma pretensão correlata.

Para Silva, as normas programáticas geram situações subjetivas de vínculo para o legislador e para o administrador (nos termos de Crisafulli), devendo estes pautar suas atuações nos limites determinados por aquelas normas, importando numa situação subjetiva de vantagem ao sujeito de direito apenas como possibilidade de invalidação dos atos contrários aos fins determinados nessas normas. É a possibilidade que tem o sujeito de direito de exigir que o Poder Público não pratique atos que contrariem os fins estipulados nos mandamentos normativos.

¹³⁰ CRISAFULLI. La Costituzione e lè sue disposizione di principio. p. 60.

¹³¹ SILVA. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. p. 171.

É na perspectiva de direitos objetivos ou, no máximo, de direitos subjetivos em sentido fraco (negativos) que se encontram os direitos fundamentais sociais prestacionais, segundo a doutrina apontada. Bockenförde afirma que a pretensão constitucional desses direitos é tão ampla, que não se podem deduzir pretensões jurídicas concretas pela simples interpretação das normas, e que só se aplicam imediatamente aos órgãos estatais legislativos e administrativos, obrigados a realizar os direitos contidos nas normas.¹³²

Para o autor, isso não significa que os direitos fundamentais sociais, como denomina os direitos fundamentais sociais prestacionais, estão estruturados em normas programáticas, mas que são mandatos jurídico-objetivos que, embora não configurem direitos exigíveis para os cidadãos, vinculam os órgãos públicos, numa dimensão objetiva, gerando os seguintes efeitos: revogação dos atos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito e inconstitucionalidade dos atos posteriores que confrontem com o conteúdo desses direitos.

Vislumbra-se, na exposição de Bockenförde, um direito subjetivo em seu sentido fraco (negativo) de proibir que os poderes públicos afetem o conteúdo do direito. O autor mesmo afirma que, na vinculação jurídica efetiva aos direitos fundamentais sociais, há uma vertente jurídico-subjetiva, que “aparece en la forma de pretensiones de defensa de los particulares afectados frente a una inactividade, una desatención grosera o una supresión definitiva de las medidas adoptadas en la ejecución del mandato constitucional.”¹³³

Canotilho também comunga da idéia de uma subjetividade direta apenas no aspecto negativo. Para o autor, os direitos fundamentais sociais prestacionais geram imposições constitucionais legitimadoras de transformações econômicas e sociais; carregam a interpretação das normas legais conforme as normas sociais, econômicas e culturais e dão lugar à inconstitucionalidade por omissão, quando o Estado não cria as condições de efetivação desses direitos, mas não geram direito de pleitear, judicial ou administrativamente, as prestações objeto dos direitos diretamente a partir das normas constitucionais.¹³⁴

Sarlet também não vai além de afirmar direitos subjetivos negativos a partir das normas fundamentais de direitos sociais prestacionais. Conforme o autor, a verificação de situação subjetiva de vantagem derivada dos direitos de cunho programático (direitos prestacionais), sem controvérsia mais na doutrina, é resultado da aceitação da dimensão negativa dos direitos prestacionais e consiste em direitos subjetivos negativos (direitos subjetivos em sentido fraco), o que abre a possibilidade para o indivíduo de exigir apenas que

¹³² BÖCKENFÖRDE, Ernest. Escritos sobre derechos fundamentales. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 77/78.

¹³³ Ibid., p. 81.

¹³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra: Almedina, 2001. p. 478.

os poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) se abstenham de agir contrariamente ao conteúdo das normas de direitos fundamentais sociais prestacionais.

Esse direito subjetivo negativo (em sentido fraco) está ligado à obrigação de respeitar os direitos fundamentais, traduzindo-se em obrigações negativas e de abstenções que também exigem os direitos fundamentais sociais prestacionais, tal como os de liberdade e políticos. O direito subjetivo negativo possibilita ao sujeito de direito exigir que os poderes públicos não ajam de forma contrária aos direitos fundamentais, mas, no caso, dos direitos fundamentais sociais prestacionais, não lhes garante possibilidades subjetivas de agir contra as omissões. Sendo as omissões o que afetam, em essência, os direitos fundamentais sociais prestacionais, ao sujeito de direito é dado o direito à prestação, mas não o direito de pretender a prestação: o sujeito de direito não pode pretender seu direito essencial.

Ora, afirmar direitos subjetivos negativos, na forma acima posta pela doutrina que aceita esta idéia, é fazer uma afirmação do óbvio, a não ser que se parta do pressuposto de que os direitos fundamentais sociais prestacionais não sejam direitos. A principal consequência do direito é vincular a conduta dos sujeitos de dever, daí ser proibida qualquer conduta contrária, tida como indesejada pela ordem jurídica. O que se segue à modelação de uma conduta pelo direito é a exigência da conduta conforme a norma, autorizando ao sujeito de direito a possibilidade de exigir a conduta conforme e o desfazimento ou reparação da conduta contrária.

Então, afirmar que os direitos fundamentais sociais prestacionais geram direitos subjetivos negativos é afirmar apenas que essas normas são jurídicas e, como tais, vinculam seus destinatários, sem nenhuma novidade no campo do direito. Ao afirmarmos que toda norma é plenamente eficaz naquilo que enuncia isso significa que ela obriga na medida do direito que enuncia: se enuncia um programa que deve ser elaborado com vistas a realizar ou a observar determinados fins, o que se segue a essa norma é que a conduta contrária - não observância dos fins - é uma conduta contrária à norma, gerando para o indivíduo afetado pela inobservância dos fins da norma direito subjetivo negativo (em sentido fraco), além de direito subjetivo primeiro à elaboração da norma - direito subjetivo positivo (em sentido forte).

O art. 6º, da CF, ao declarar que são direitos sociais, entre outros, a moradia, por exemplo, de imediato proíbe aos sujeitos destinatários da norma, Estado e sociedade, qualquer conduta que afete a moradia já conquistada por um indivíduo, além de proibir a conduta omissiva que importe na falta da prestação devida, consistindo este em direito subjetivo positivo (em sentido forte) perante os sujeitos de dever de realizarem, no aspecto positivo, a prestação de direito que encerra a norma. Somente assim a norma adquire sua plenitude.

Abramovich e Courtis partilham da idéia de que a plenitude dos direitos fundamentais sociais prestacionais passa pela abertura de possibilidades dos sujeitos de direito exigirem, no aspecto positivo, a prestação objeto do direito: “lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no el simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino también la posibilidad de reclamo ante el incumplimiento [...] mediante una demanda”¹³⁵ - direito subjetivo em sentido forte, de exigir não apenas que os sujeitos de dever não ajam ferindo o conteúdo dos direitos, mas que ajam dando-lhes plenitude.

Quando Abramovich e Courtis mencionam o termo “demanda”, referem-se à possibilidade de se reclamar o objeto do direito no aspecto positivo se é uma prestação, não apenas de ser possível anular um ato legislativo ou administrativo que indiretamente avançou sobre o direito. Inclusive, o exercício da subjetividade negativa só é possível quando já há a conquista do direito no aspecto positivo, ou então, como pode o indivíduo anular um ato administrativo ou uma lei que interferiu no seu direito à moradia, se nem moradia tem?

Para Atria, os direitos fundamentais sociais trazem no seu bojo a configuração de uma forma diferente de comunidade, onde todos se preocupam com o bem estar de cada um; enunciam a solidariedade como o móvel transformador da comunidade, invertendo a correlação privada de direito-dever, fazendo aparecer a correlação dever-direito, sendo esta incompatível com a idéia de exigibilidade. “A idéia de solidariedade [...] enfatiza a obrigação da comunitária de atender ao bem estar de cada um de seus membros.”¹³⁶

Só que Atria, ao criticar a idéia de Abramovich e Courtis sobre a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, afirmando que a exigibilidade destes distorce a idéia de solidariedade na comunidade, idéia sobre a qual se fundamentam, parece esquecer que a apropriação do discurso político da solidariedade, como móvel transformador da comunidade, pelo discurso jurídico, também, parte da constatação de que a força política não é (ou foi) suficiente para alcançar a desejada transformação social, ou seja, capaz de afetar o sentimento dos mais capazes para maior e melhor contribuir com os mais necessitados.¹³⁷

Os direitos fundamentais sociais surgem a partir da comprovação de que a sociedade é guiada pelo auto-interesse de seus membros e de que esse guia - o auto-interesse - não é capaz de integrar com justiça todos os membros a sua comunidade, apelando para uma

¹³⁵ ABRAMOVICH; COURTIS. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. p. 144. Os autores fazem essa observação, alegando que a posição contrária coloca em xeque a própria noção de direito, tomado como uma relação entre dever e ação para exigí-lo. Ibid., p. 39.

¹³⁶ ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? Revista do Min. Público do RS. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMPI, nº 56, p. 9 - 46, set/dez, 2005. Edição temática: “Os Desafios dos Direitos Sociais”.

¹³⁷ Nos utilizamos do discurso comunista citado por Atria. Ibid., p.12.

transformação social, primeiramente política, depois jurídica, mas, antes de tudo, humana. Por isso, a defesa de um direito subjetivo em sentido forte aos fundamentais sociais prestacionais, para quando, na falta do humano, caso falhe o político, ainda reste o apelo ao jurídico.

E a solidariedade não sai da “poética” e entra no jurídico se não que possa ser possível justiciá-la, como dever de todos os cidadãos de uma comunidade para com cada um de seus membros. Como assinala Mello: “a existência de um dever sem qualquer consequência jurídica não tem nenhum significado para a teoria e prática do direito.”¹³⁸ Dessa forma, a solidariedade ao se expressar nos direitos fundamentais sociais prestacionais, direitos jurídicos, portanto, não tem nenhum sentido sem que dela se possam valer os sujeitos de direitos de quando da falta dos devedores da solidariedade.

Além disso, se há impropriedade de direitos subjetivos aos direitos fundamentais sociais prestacionais, isso implica, também, na impropriedade de direitos subjetivos aos direitos de liberdade e políticos, ou, então, caímos no abismo da desigualdade de, pela interdependência dos direitos fundamentais, serem exigíveis judicialmente os direitos de apenas uma parcela dos membros de uma comunidade, aqueles que já dispõem de direitos que podem ser protegidos apenas no aspecto negativo.

Em verdade, entendemos ser difícil, se não que impossível, a compreensão de direitos jurídicos do indivíduo e para o indivíduo em sociedade que não sejam subjetivos, ou seja, direitos jurídicos do sujeito sem que sejam subjetivos, e a idéia de direitos subjetivos está ligada à possibilidade de pretensão do direito existente. Os direitos fundamentais sociais prestacionais podem até encontrar na tutela coletiva uma melhor forma de sua satisfação, por alcançar o problema e pretender soluções de maior abrangência, mas isso não os retira a condição de serem subjetivos e de cada indivíduo, podendo, portanto, ser tutelados por ele próprio, ainda que alcance a todos de quando do exercício da efetivação do direito.

A tutela coletiva, por instituições sociais públicas ou privadas organizadas, pode ser, e talvez o seja, a melhor forma de buscar a efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais, só que esta melhor forma não é excludente da subjetividade direta e positiva do direito do sujeito. Quando se abre a tutela coletiva para esses direitos, como o faz a Constituição do Brasil, não se retira dos direitos fundamentais sociais prestacionais sua condição subjetiva individual a todos, mas a ela se acrescenta uma nova subjetividade, a coletiva, no sentido de maximizar a efetividade desses direitos.

¹³⁸ MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo, p. 122.

A exigibilidade individual de um direito fundamental social prestacional também não descarta que considerações sejam feitas sobre o impacto social de sua concessão, posto que esses direitos sempre envolvem uma relação entre bens individuais e bens coletivos,¹³⁹ porém essas considerações, para serem apreciadas, devem trazidas ao caso concreto pelo sujeito devedor da prestação social. É por mais esta via, de subjetividade direta e positiva, individual ou coletiva, que entendemos que os direitos fundamentais sociais prestacionais possam cumprir seu objetivo, como aponta Marshal,¹⁴⁰ de não ser mais a mera tentativa de eliminar a pobreza nos níveis mais baixos da sociedade, assumindo um novo papel de modificar o padrão total da desigualdade.

2.1.3.2 Subjetividade positiva dos direitos fundamentais sociais prestacionais, separação dos poderes e reserva do possível

Contorce-se, no entanto, a doutrina, em afirmar direitos subjetivos positivos (em sentido forte), direitos individuais de exigibilidade das prestações objeto dos direitos fundamentais sociais prestacionais, diretamente das normas constitucionais, pelas dificuldades já apontadas (vagueza e abertura na formulação das normas - falta de definição do conteúdo dos direitos - e dificuldades na implementação do objeto das normas, problemas que se relacionam com a competência constitucional de cada poder). Porém, em casos extremos, para assegurar condições mínimas de existência adequada e a liberdade fática, a doutrina contrária à subjetividade direta positiva dos fundamentais sociais prestacionais põe essas dificuldades de lado, admitindo-se um pleito direto do particular referente à exigibilidade destes direitos.

Starck afirma direitos subjetivos em sentido forte quando os direitos sociais prestacionais visam assegurar materialmente um direito à liberdade, quando há determinabilidade em seu conteúdo, quando há garantia de recursos sem invadir a competência legislativa orçamentária e estarem tais direitos vinculados à cláusula de aplicabilidade direta. Breuer também reconhece a existência de direitos subjetivos em sentido forte na relação de direitos fundamentais sociais prestacionais, porém, de forma excepcional, quando o direito for indispensável à manutenção das liberdades fundamentais.¹⁴¹

Alexy trabalha com a idéia de direitos fundamentais como disposições de princípio e com o método ponderativo para afirmar que não é possível dizer quais direitos fundamentais

¹³⁹ MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo, p 134.

¹⁴⁰ MARSHAL, T. H. Cidadania, classe social e *status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 88.

¹⁴¹ A posição dos dois autores consta em SARLET, Eficácia dos Direitos Fundamentais. p. 345.

sociais prestacionais (para o autor, direitos fundamentais sociais) o indivíduo têm, mas quais direitos pode ter, aduzindo-se razões para sua existência e conteúdo. Nos casos dos direitos fundamentais prestacionais, o princípio da liberdade fática deve ser ponderado frente aos princípios da competência do legislador e da divisão dos poderes, além de outros princípios materiais, como o da liberdade jurídica de outras pessoas, outros direitos fundamentais sociais e/ou outros bens jurídicos.

Alexy já adianta que há garantia imediata e definitiva de direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos no caso de uma exigência urgente do princípio da liberdade fática, enquanto os outros princípios forem afetados de forma diminuta. São os casos de um mínimo vital: moradia simples, educação escolar, formação profissional e um *standart* mínimo de assistência médica.¹⁴² Para o autor, as prestações mínimas que garantem a vida digna superam a pretensão de qualquer princípio oposto à sua concretização. Mesmo assim, observamos que não se isentam de uma ponderação para se saber qual o tamanho da prestação que se enquadra como mínimo vital e afetação a outros princípios.

Canotilho também segue a idéia de direitos subjetivos imediatos somente em caso de prestações ligadas a garantias mínimas de vida, ao afirmar que os direitos fundamentais sociais prestacionais são dependentes da atividade intermediadora dos poderes públicos e que somente em casos de situações sociais de necessidade - condições mínimas de existência inerentes ao respeito à dignidade da pessoa humana -, é dispensável essa intermediação, podendo ser exigida diretamente, a partir das normas constitucionais, a prestação objeto das normas como direitos subjetivos.¹⁴³

Ainda na linha de não se admitirem os direitos fundamentais sociais prestacionais como direitos subjetivos imediatos, Clève, no Brasil, entende que o exigir uma atuação, ação do poder público, coloca esses direitos fundamentais na dependência de uma manifestação do Poder Legislativo, para sua realização integral, visto que dependem de fatores extrajurídicos - econômicos e sociais - que só podem ser mesurados politicamente na elaboração de uma peça orçamentária.¹⁴⁴ Por esse motivo, segundo o autor, os direitos fundamentais sociais

¹⁴² ALEXY. Teoria de los derechos fundamentales. P. 495.

¹⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. p. 343 e 478. Deixamos registrado que, na Constituição Portuguesa de 1976, o regime jurídico dos direitos fundamentais é diferenciado: direitos, garantias e liberdades gozam de uma proteção reforçada – aplicabilidade direta e proteção contra restrições pelos poderes constituídos (art. 18º, da Constituição da República Portuguesa – CRP), enquanto os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais não gozam da mesma proteção.

¹⁴⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Destacamos que o autor não entende que todos os direitos sociais necessitem de uma intermediação, mas a maioria deles. p. 34.

prestacionais não podem ser exigidos subjetivamente sem a intervenção legislativa antecedente ou material do Estado.

Sarlet, baseado em Alexy, reconhece direitos subjetivos definitivos originários às prestações que servem ao mínimo existencial - quando ligadas à preservação da vida e à dignidade da pessoa humana - afastando, no caso concreto, a separação de poderes e competência do legislativo para decidir sobre políticas nessa área de interesse. Para o autor, há direitos subjetivos definitivos originários a prestações em sentido forte, toda vez que os princípios da competência do legislativo e da separação dos poderes “esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana.”¹⁴⁵ No que vai além de um mínimo existencial, para Sarlet, há somente um direito subjetivo *prima facie*.

Observa-se na doutrina, que a negação de direitos subjetivos originários em sentido forte nos direitos fundamentais sociais prestacionais está ligada à preocupação de invasão de competências constitucionais e à afetação ao princípio da separação dos poderes, imposta, segundo os doutrinadores, pelo objeto do próprio direito, que, diferente dos direitos de liberdade e políticos, não se resolve de maneira definitiva, sem necessidade de se avançar a competência de outros poderes. Ressalta-se, então, a confusão que estes fazem entre eficácia e exeqüibilidade.

De acordo com Clève, é a exigência de uma atuação do poder público, ou seja, a exigência de um fazer do sujeito de dever, que retira a possibilidade de pleito direto pelo sujeito de direito, sendo que os direitos fundamentais sociais prestacionais só podem ser do sujeito depois de uma manifestação intermédia dos poderes legislativos constituídos. Nota-se que o autor toma como pressuposto da subjetividade positiva a eficácia social (espontânea), colocando o cumprimento desses direitos ao inteiro dispor do órgão legislativo. Pergunta-se, então, a Clève: e se os direitos sociais prestacionais forem concretizados ao nível legislativo e o Estado continuar sem condições de atendê-los?

Sarlet, apoiado em Alexy, apega-se aos princípios da reserva de competências constitucionais e à separação de poderes e parte da idéia de que, *a princípio* não há direitos subjetivos em sentido forte a partir das normas fundamentais de direitos sociais prestacionais e, somente quando houver fortes razões (mínimo existencial), esses princípios podem ceder frente aos direitos fundamentais sociais prestacionais. A perspectiva dos autores (Sarlet e Alexy) é de que, *a princípio*, não há direitos subjetivos em sentido positivo das normas de

¹⁴⁵ SARLET. Eficácia dos Direitos Fundamentais. p. 354.

direitos fundamentais sociais prestacionais, sendo necessário se aduzirem fortes razões para sustentar sua existência.

Essa perspectiva, no entanto, não é a correta para o nosso caso, se atentarmos para o fato de que o problema apresentado por Alexy, na Alemanha, não parte da mesma base do problema no Brasil, já que, na Lei Fundamental da Alemanha, não há direitos fundamentais sociais positivados, sendo necessário primeiro se aduzirem razões para sustentar quais direitos fundamentais sociais prestacionais os indivíduos têm, antes de firmar os limites de sua subjetividade. Reconhecer direitos subjetivos positivos a prestações somente após uma concretização legislativa, como faz Clève, ou após um processo ponderativo, como faz Sarlet, é negar a existência desses direitos no ordenamento jurídico constitucional, mas, embora forçoso reconhecer, os direitos sociais prestacionais estão lá, escritos na Constituição, e não podemos dizer que eles não existem.¹⁴⁶

No Brasil, os direitos fundamentais sociais prestacionais estão expressos no catálogo de direitos fundamentais da Constituição, não sendo necessário se aduzirem razões para sua existência, senão para seus limites. Se Alexy parte da questão de saber quais direitos sociais os indivíduos podem ter, nós partimos do problema de saber em que medida os indivíduos podem ter os direitos fundamentais sociais prestacionais. Como direitos existentes, o conteúdo em si dos direitos é definitivo, sendo *prima facie* apenas seus limites, *a princípio* amplos, mas que podem ser limitados nos casos concretos pelas possibilidades jurídicas e fáticas.

Se os direitos fundamentais sociais prestacionais são existentes, devemos partir da perspectiva de que há direitos subjetivos a prestações, sendo necessário se aduzirem fortes razões para negá-los em seu sentido amplo. Dessa forma, das normas fundamentais expressas derivam direitos subjetivos em sentido forte a seu conteúdo em si, *prima facie* amplo, cedendo em seus limites frente a outros direitos e/ou bens fundamentais, quando houver fortes razões a favor destes últimos. Caso contrário, fica sem resposta a questão de saber por que a Constituição atribuiu a esses direitos o caráter de fundamentais?

A diferença de perspectiva traz um resultado importante: se parto da idéia de que não há, *a princípio*, direitos subjetivos em sentido forte, a partir das normas fundamentais de direitos sociais prestacionais, é necessário se aduzirem fortes razões para sustentá-los; ao contrário, se parto da idéia de que há, *a princípio*, direitos subjetivos em sentido forte, não se

¹⁴⁶ Como decidiu a Corte Constitucional sul-africana, em caso de pedido de habitação por pessoas que haviam sido desalojadas de um terreno, “los derechos económicos y sociales están expresamente reconocidos en la declaración de derechos de la Constitución e no puede decirse de ellos que existen sólo en papel”. BRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. p. 162.

pode negá-los aos sujeitos de direito, senão delimitá-los diante de fortes razões contrárias a sua amplitude, pois, como vimos, são os limites, o alcance do direito, “à primeira vista” amplo, que se ponderam e não o direito em si.

Ademais, a reserva de competência e a afetação ao princípio da separação dos poderes não podem ser invocados como argumentos a ser ponderados no caso de pleitos diretos para a satisfação dos direitos fundamentais sociais prestacionais, pois é justamente a omissão do exercício de suas competências a causa da decisão judicial invadir a competência dos outros poderes. Mesmo assim, quando o Judiciário concede um direito onde há omissão, não invade competências ou cria normas, mas dá efetividade à Constituição. Além disso, a concretização dos direitos pelos poderes políticos - Legislativo e Executivo - é uma obrigação destes e não um direito de constituí-los, não havendo conflitos entre direitos e obrigações, se não descumprimento destas frente àqueles.

Os direitos fundamentais sociais prestacionais, como disposições de princípios, insertos no texto constitucional (art. 6º, e parte do art. 7º, da CF, pois parte das normas do artigo 7º, possui características de regras: VIII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII) geram direitos subjetivos originários em sentido forte *prima facie*, tais quais os direitos de liberdade e políticos, e devem ser ponderados no caso concreto, quando colidirem, em seus limites, com outros direitos e/ou bens e não com os princípios de reserva de competências e separação dos poderes, visto que estes foram problematizados quando da inserção dos direitos no catálogo de direitos fundamentais.

Se existem normas de direitos fundamentais sociais prestacionais, e estas definem direitos, que são disposições de princípios, em caso de confronto com outros direitos e/ou bens, não se trata de ter ou não ter o direito, que também é subjetivo, mas de tê-lo em determinado alcance. “À primeira vista”, há sempre um direito em sentido amplo, que se tornará definitivo, em dada parcela, frente às possibilidades jurídicas e fáticas. As possibilidades jurídicas – outros direito e/ou bens – e fáticas – reserva financeira possível – limitam o direito a seu conteúdo possível, mas não podem desqualificá-lo como direito.

Como ocorre com o direito à liberdade de informação, por exemplo, ao confrontar com o direito à privacidade, cedendo a este. Não se trata de não se ter o direito à liberdade de informação, mas de tê-lo em seu conteúdo possível, cuja amplitude, dada “à primeira vista,” não alcança invadir a privacidade de outro, dada concretamente. Como no exemplo atrás, do direito à moradia que confronta com o direito à propriedade, pela instituição de uma lei que aumente a alíquota do Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU – para constituição de um fundo para construção de casas destinadas à população de baixa ou sem renda. Se o direito à

moradia cede ao da propriedade numa dada questão jurídica, não se trata de não ter o direito à moradia, mas que este não alcança a interferência na propriedade de outros.

A “reserva do possível”, colocada pela falta financeira do sujeito de dever, também não é um princípio com o qual se confrontem os direitos, mas um limite fático, que pode conter o tamanho do direito frente a outros direitos e/ou bens, exigindo uma ponderação, sem desqualificá-los como direitos subjetivos em seu conteúdo em si. A falta financeira é um obstáculo fático que impede a realização espontânea do direito e sua execução forçada, mas não sua configuração como direito subjetivo, pois, como vimos, a relação do direito subjetivo não é com a possibilidade de exequibilidade, mas com o direito concedido pela norma.¹⁴⁷

Um direito subjetivo não pode conflitar com a falta financeira. Ele pode esbarrar na falta financeira e não ser executado, pois o que pode conflitar são os limites dos direitos pela consideração de outros direitos e/ou bens em virtude da falta financeira do sujeito de dever para atender a todos, exigindo-se uma ponderação para delimitação de cada um dos direitos que se colocam frente à “reserva do possível”. Cada direito fundamental possui um conteúdo em si, que não pode ser negado como direito sob pena de afronta às decisões constituintes. O direito à educação tem como conteúdo o acesso à educação e sua proteção; o direito à saúde tem como conteúdo o acesso à saúde e sua proteção; o direito ao lazer tem como conteúdo o acesso ao lazer e sua proteção, etc.

E, mesmo quando ocorrer de um direito fundamental social prestacional confrontar com outro direito fundamental social prestacional, e os dois não puderem ser atendidos por falta de recursos financeiros (ex: o direito fundamental à moradia *versus* direito fundamental à saúde), num caso em que o Estado, apoiado no problema da reserva do possível, puder atender apenas a um dos direitos, tal confronto não é um confronto de direito, embora aparentemente o seja, em que um direito deve ceder em razão da maior relevância do outro, na questão jurídica, nem um confronto entre um dos direitos e o “princípio” da “reserva do possível”, mas é uma evidência de que o Estado está sem condições de cumprir com os direitos fundamentais sociais prestacionais dos sujeitos de direito.

¹⁴⁷ Segundo Mello, a falta de recursos financeiros só seria um argumento válido para desatender os direitos sociais se vivêssemos em uma sociedade igualitária, “mas não em uma sociedade regida pela desigualdade e que consagra e desenvolve a desigualdade.”(MELLO, Celso Antonio Bandeira. A Proteção dos Direitos Humanos Sociais nas nações Unidas. Revista Interesse Público, nº 14, p. 34-66, 2002. p. 65.). O que o autor afirma é perfeitamente aceitável, pois é a sociedade a devedora mediata dos direitos fundamentais sociais prestacionais, sendo o Estado apenas o gerente dos recursos sociais, e, se há desigualdade social, é porque há uma parte da sociedade brindada com recursos materiais, enquanto outra parte não, daí não podemos dizer que faltam recursos, mas que há uma má gerência dos recursos existentes, transbordando para uns o que falta a muitos outros.

Não há limitação de um direito por outro no caso acima, mas impedimento de atendimento a um dos direitos por falta de possibilidades fáticas. O direito à moradia em si não pode conflitar com o direito à saúde em si, frente à falta financeira, devendo um ceder ao outro, pois são prestações diversas de direitos diversos. Se o Estado não tem como arcar com as prestações de moradia e também de saúde, o problema revela um descumprimento dos direitos e não um confronto de direitos. A reserva do possível não é uma razão relevante de prevalência de um direito sobre o outro, para a negação de um direito fundamental como direito subjetivo definitivo, mas razão de impossibilidade de cumprimento de um dos direitos fundamentais.

Podendo os direitos sociais prestacionais, como disposições de princípios, confrontarem apenas nos limites de seu conteúdo, o direito a um determinado padrão de moradia pode confrontar com o direito a um determinado padrão de atendimento à saúde, ou com determinado tratamento de saúde, ou mesmo com medidas preventivas de resguardo da saúde. Ocorrem confrontos no espaço de alcance dos direitos pleiteados. Diante da falta financeira, certo alcance de um direito pode ceder ao outro, conforme a relevância de suas razões. A negação de um dos direitos, entretanto nunca pode ser total. Quando a falta financeira impossibilita a realização do direito em si, isso não é indicação de que não há direito, mas de que há descumprimento do direito. Essa é a condição de direitos subjetivos *prima facie* dos direitos fundamentais sociais prestacionais, da qual tratamos.

Há um conteúdo do direito à moradia e do direito à saúde que não qualificamos como um mínimo ou máximo, mas como necessário à configuração do direito, que é definitivo e não pode se submeter a ponderações frente a outros direitos e/ou bens porque diz com o próprio direito. A esse conteúdo o sujeito de direito tem direito ainda que faltem condições do sujeito devedor para cumpri-lo. Essa quantidade necessária deve ser definida em cada questão jurídica, diante dos argumentos apresentados e ponderados, quando falta definição pelos poderes políticos, primeiros encarregados a fazê-la.

No que a norma me coloca como direito eu tenho direito, restando saber, então, o quanto a norma me coloca como direito, e isso, defendemos, deve ser definido em cada questão jurídica, mediante recursos como: definição do conteúdo essencial do direitos, Mandado de Injunção, processo ponderativo.

Ademais, não podemos alegar a “reserva do possível” como motivo abstrato e apriorístico para excluir dos direitos fundamentais sociais prestacionais sua condição de direitos subjetivos positivos (em sentido forte). Trata-se de uma alegação que deve ser considerada no caso concreto e, se confirmada, pode impedir a realização do direito, sua

exequibilidade, afetando a sua efetividade, mas não tem a propriedade de antecipar abstratamente a negação do direito de exigir. A situação nos remete a fazer a comparação de que o fato de o devedor está falido não retira do credor o direito subjetivo ao pagamento da dívida, mesmo que esse direito confirmado não se realize por falta de condições fáticas para sua execução.

Mesmo Canotilho bem observa essa diferença quando separa o direito subjetivo de suas condições de gozo (da imposição constitucional de criação de serviços públicos de atendimento aos direitos sociais) e afirma que os direitos sociais, tais como a “educação, saúde e assistência, não deixam de ser direitos subjetivos pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à sua fruição.”¹⁴⁸ Repete a mesma idéia Gouvêa, para quem “os direitos são direitos por uma questão de princípio jurídico ou de decisão política, e não por uma questão de viabilidade prática circunstancial.”¹⁴⁹

O art. 7º, IV, da CF, ao fixar como direito de todo trabalhador um salário mínimo unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família, tais como moradia e alimentação, tirou da esfera eminentemente política a decisão sobre o valor do salário mínimo, atribuindo aos sujeitos beneficiários da norma o direito nela encerrado, qual seja, a de um salário mínimo que lhes proporcione, bem como a suas famílias, condições dignas de vida. A partir de sua inserção no documento jurídico constitucional, o Estado pode argumentar que não tem condições de cumprir com o salário mínimo constitucional, mas não pode dizer que o trabalhador não tem o direito de exigí-lo, no valor que atenda suas necessidades básicas e às de sua família.

Se o direito ao salário mínimo fosse deixado ao cumprimento apenas através de decisões políticas, porque difícil sua definição e a implementação de seu objeto, sem que se pudesse exigí-lo e impô-lo aos sujeitos de dever antes de uma concretização dos poderes Legislativo e Executivo, não seria necessária sua inclusão no texto constitucional como direito fundamental, uma vez que, como direito meramente político, poderia ser buscado pelos movimentos sociais, embasados na fundamentação de um pacto social, que outro objetivo não teria a não ser o de tornar possível a convivência de todos os membros da sociedade num ambiente de desenvolvimento e conforto.

¹⁴⁸ CANOTILHO. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. p. 368. Mesmo com esse entendimento, como já colocamos, Canotilho entende ser discutível a existência de direitos subjetivos originários a prestações sociais, mas não podemos esquecer que a Constituição Portuguesa não estende o mesmo regime reforçado reservado aos direitos, liberdades e garantias para os direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais.

¹⁴⁹ GOUVÊA, Marcos Maselli. O Controle judicial das omissões administrativas. p. 313.

Mesmo havendo problemas de falta financeira do Estado e sendo difícil contornar juridicamente a omissão dos poderes públicos - Legislativo e Executivo - encarregados mais diretos da concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, Krell defende que essas dificuldades não devem ser motivo de não atuação do Judiciário. Este deve resolver os casos jurídicos que lhe chegam, constituindo os outros poderes em mora, pois, embora os instrumentos jurídicos constitucionais sejam carentes para a execução das sentenças, o reconhecimento do direito e a declaração da mora dos poderes públicos assumem um importante papel para a canalização das reivindicações sociais.¹⁵⁰

Acrescente-se aos argumentos apresentados o teor art. 5º, § 1º, da CF, que assegura às normas de direitos fundamentais aplicabilidade imediata. Essa garantia, diferente do que ocorre em Portugal, abrange todos os direitos fundamentais, sem nenhuma especialidade para os direitos de liberdade e políticos, permitindo o acesso direto do Judiciário à Constituição Fundamental Social, Econômica e Cultural, a despeito da falta de leis concretizadoras ou da implementação de programas executivos voltados ao fornecimento de prestações sociais.

Como também nos coloca Krell, o art. 5º, § 1º, da CF, destaca o caráter preceptivo das normas de direitos fundamentais sociais prestacionais, deixando claro que os mesmos podem ser exigidos ainda que haja falta ou insuficiência de lei, além de impor uma função a mais aos órgãos estatais de criar as condições materiais para sua realização.¹⁵¹ No entanto, essa tarefa não condiciona o direito subjetivo às prestações. O art. 5º, § 1º da CF, funciona como um apoio jurídico a subjetividade positiva desses direitos.

Por exigir uma maior atuação estatal, os direitos fundamentais sociais prestacionais vinculam mais imediatamente os poderes Legislativo e Executivo, exigindo, como afirma Fioranelli Jr., “a reorganização da estrutura decisória do Estado, construindo-se instituições de governo que permitam a oportuna tomada de decisões e o estabelecimento de políticas públicas adequadas, com rigoroso controle dos abusos de poder.”¹⁵²

Mas essas exigências não invalidam a subjetividade positiva, como possibilidade de pleito jurídico em caso de omissão dos poderes mais diretamente responsáveis, pois nenhum tribunal é impotente frente a um legislador omissor e a um governo inativo.¹⁵³ Por tudo isso,

¹⁵⁰ KRELL, Andréas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa. Revista Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, v. 144, p. 239-260, 1999. p. 252.

¹⁵¹ KRELL, Andréas J. Direitos Sociais e o Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. p. 38.

¹⁵² FIORANELLI JR, Adelmo. Desenvolvimento e efetividade dos direitos sociais. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: procuradoria Geral, v. 41, p. 13-36, 1994. p. 29.

¹⁵³ Utilizamos uma paráfrase de Alexy: “nenhum tribunal constitucional é impotente frente a um legislador inoperante.” ALEXY. Teoria de los derechos fundamentales. p. 496.

temos que as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais podem ser exigidas diretamente em caso de omissão dos poderes Legislativo e Executivo, devendo o Poder Judiciário conceder o direito em seu aspecto positivo, porque positiva é a prestação, transformando a norma vaga e aberta em direito concreto pleno.

Esses direitos fundamentais podem ser diretamente justiciáveis, em seu aspecto positivo, como direitos subjetivos. Possuem a nota da subjetividade, porque são direitos dos indivíduos, ainda que melhor se efetivem por uma programação dos poderes Legislativo e Executivo (condição importante ao exercício efetivo desses direitos – dimensão objetiva), que, se não realizada, constituem esses poderes em omissão jurídica inconstitucional e possibilita aos sujeitos de direito a exigibilidade - dimensão subjetiva. O problema econômico coloca em cheque a realização do direito, sua efetividade social, e não sua constituição, sua normatividade, sua caracterização como direito do sujeito à prestação nele inserida.

Nesse sentido, concluímos que, diante das normas definidoras de direitos fundamentais sociais prestacionais inseridas na Constituição do Brasil, e tendo certo que expressam disposições de princípios, os jurisdicionados estão investidos na posição jurídica subjetiva positiva; têm direitos subjetivos em sentido forte à prestação nelas contida, “à primeira vista”, em sentido amplo, se, diante de outros direitos e/ou bens, não houver razões mais fortes para sua delimitação e que, frente às omissões de concretização legislativa e executiva, ao Judiciário é dado definir os limites do conteúdo em si dos direitos fundamentais sociais prestacionais, podem estes ser justiciados diretamente.

2.2 Direito subjetivo, conteúdo essencial e definição dos direitos fundamentais sociais prestacionais pelo Poder Judiciário

A referência a um objeto em si dos direitos fundamentais sociais prestacionais, que não pode ser negado a não ser em seu sentido amplo, segundo as razões de relevância ponderadas frente a outros direitos e/ou bens que também devem ser observados, nos remete à idéia de um conteúdo essencial desses direitos, de um limite mínimo do objeto para a identificação do direito e de que cada direito possui um núcleo, cuja invasão traz como consequência a desfiguração do direito fundamental.

A construção doutrinária sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais parte da proibição de restrições¹⁵⁴ por ação, quando uma lei, uma regulamentação ou uma decisão

¹⁵⁴Sobre restrição aos direitos fundamentais, duas teorias são defendidas quanto à integração ou não da restrição ao suporte fático do direito: a teoria externa entende que direito e restrição são duas coisas diferentes e separadas, existindo o direito não restringido, e uma restrição que interfere sobre o direito, fazendo nascer um

atingem de tal forma esses direitos que os desqualificam em sua essência, visto que os direitos fundamentais estão constitucionalmente protegidos contra interferências dos poderes constituídos. Os poderes públicos, ao agirem, não podem infligir aos direitos fundamentais restrições que os desqualifiquem em sua essência.

Nada impede, entretanto, que a mesma referência sobre a existência de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais seja adequada também para os casos de restrições por omissões frente aos direitos fundamentais sociais prestacionais, visto que, quanto a estes, é a omissão que lhes desfigura a essência. E se ao Poder Judiciário é dado saber qual o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, resguardando-os de interferências ativas que lhe afetem seu núcleo, também pode ser dado saber quando o conteúdo essencial do direito é atingido por omissões dos poderes públicos em cada questão jurídica e se certa omissão afeta o conteúdo essencial do direito.

A teoria do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sustenta que nenhuma restrição pode atingir o conteúdo essencial do direito, ou seja, que há um núcleo em todo direito fundamental que antepara qualquer ingerência legislativa, executiva ou mesmo judiciária. Essa teoria elege o núcleo do direito fundamental como limite ao poder de reforma das normas que encerram direito fundamental nas constituições que o prevêm, bem como contra qualquer restrição legislativa infraconstitucional. O núcleo essencial dos direitos fundamentais é uma espécie de espaço imune contra a ação de legislaturas posteriores que lhes venham restringir seu conteúdo ou contra justificações de omissões que desqualifiquem por completo o direito: as restrições são aceitáveis até onde se mantenham a essência do direito; as omissões, até onde se mantenha a qualificação do direito enquanto tal.

novo direito depois da restrição; a teoria interna, que não separa o direito de sua restrição, entende não haver o direito e sua restrição, mas somente o direito com um determinado conteúdo, sendo o conteúdo do direito seu próprio limite. Esses limites internos à norma são conhecidos como limites imanentes, atingem o próprio âmbito de proteção da norma fundamental e integram a própria norma, traçando o limite do direito. Segundo Vieira de Andrade, o que se deve procurar para definir os limites imanentes é se a esfera normativa do preceito inclui ou não uma certa situação ou modo de exercício, até onde vai o âmbito de proteção da norma, se o preceito de direito fundamental protege o exercício desse direito na forma invocada pelo sujeito de direito. “São limites máximos do conteúdo [...] que resultam da especificidade do bem que cada direito fundamental e seu âmbito de proteção visa proteger, ou melhor, na parcela da realidade incluída na respectiva hipótese normativa (a imprensa, o domicílio, a fé, a propriedade)”¹⁵⁴. (ANDRADE, José Carlos Vieira. Os limites dos direitos fundamentais. In: ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Madrid: Livraria Almedina, 1987, p. 215). Destacamos ainda a teoria estrita do suposto fático de Friedrich Muller, que, ao investigar sobre a relação entre conceito de suposto fático e o âmbito de proteção da norma, sustenta que as situações específicas não constantes nas normas não são protegidas pelo direito contido na norma. A teoria de Müller muito se aproxima da teoria interna. A diferença é que o autor não menciona restrições imanentes à norma, sendo que não há restrições, mas é o próprio conteúdo da norma que não alcança determinado direito: a determinação dos limites da norma é a mesma coisa que a determinação de conteúdo. (Encontrado em ALEXY. Teoria de los derechos fundamentales. p. 301).

Mas sabermos que todo direito fundamental possui um núcleo que funciona como limite dos limites nos remete a uma questão mais complicada; como definir o núcleo de cada direito fundamental? E, se há um núcleo, há um todo, o que nos leva a perguntar, então, como fazer para diferenciar o núcleo essencial da parte mais superficial. Partindo dessa problemática, não há melhor pertinência que as questões colocadas por Pulido, ao se perguntar se existe um critério capaz de estabelecer como se determinam quais posições de direito formam o núcleo essencial dos direitos fundamentais e se esse critério reúne força suficiente para gerar um consenso social que sirva para fundamentar as decisões nos casos difíceis?¹⁵⁵

Várias teorias sobre o que seja o núcleo essencial de um direito fundamental foram construídas, especificamente, na Alemanha e na Espanha.¹⁵⁶ Primeiro, especula-se se a garantia do conteúdo essencial se refere a posições subjetivas ou objetivas; segundo, se a garantia do conteúdo essencial dá-se num sentido relativo, com resultado da interpretação dos direitos, ou num sentido absoluto, do direito abstratamente.

Pelo critério objetivo, sustenta-se que o conteúdo essencial se refere à garantia normativa geral do direito fundamental: o direito fundamental subjetivo pode ser afetado, desde que se mantenha vigente para a maioria da comunidade. Essa teoria admite uma restrição completa ao direito fundamental, relativamente à garantia subjetiva do direito a determinado indivíduo, desde que preservado o conteúdo essencial do direito para o restante da coletividade a qual pertence o indivíduo afetado pela restrição que aniquilou seu direito próprio.

O critério subjetivo protege o direito em seu conteúdo essencial, assegurando ao indivíduo sua posição de sujeito detentor do direito em dada questão. O critério subjetivo examina a gravidade da limitação do direito fundamental com relação ao indivíduo afetado. O conteúdo essencial resulta afetado quando as limitações ao direito impedem os particulares de gozarem dos fins ou interesses protegidos pelo direito. A falta financeira, por exemplo, impõe uma restrição aos direitos fundamentais sociais prestacionais e atinge subjetivamente seu conteúdo essencial quando impede ao sujeito de direito o gozo da prestação essência do direito.

No entanto, pelo entendimento de que os direitos fundamentais possuem eficácia tanto objetiva, irradiando efeitos em todo ordenamento jurídico e impondo aos poderes

¹⁵⁵ PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. p. 403.

¹⁵⁶ Abordaremos as teorias elaboradas nesses dois países por serem as que têm influenciado o direito europeu e latino-americano, com repercussão específica na doutrina brasileira.

públicos e aos particulares deveres de respeito, proteção e satisfação, quanto subjetiva, investindo os jurisdicionados do direito de exigí-los judicialmente, não há como sustentar nenhum dos dois critérios em separado, posto que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser preservado nas duas perspectivas, de forma que nenhuma posição fundamental seja reduzida ou afetada de tal forma que perda toda sua importância para os indivíduos ou para a vida social.¹⁵⁷

Que nenhuma restrição possa afetar o conteúdo essencial do direito, seja na perspectiva objetiva, seja na subjetiva, é tema assente na doutrina, mas saber o que é o núcleo de um direito fundamental, como delimitá-lo, como desvendá-lo, é um tema que desfila para várias posições. Trabalhando na busca do que seja o conteúdo essencial de cada direito fundamental, posto que imprescindível sabê-lo para o controle e proteção das posições de que se investem os cidadãos destinatários dos direitos fundamentais, a doutrina desenvolveu teorias baseadas ou na absolutividade ou na relatividade do núcleo imexível dos direitos fundamentais.

A teoria absoluta professa que o conteúdo essencial é um núcleo fixo, duro, que se impõe a qualquer intento de limitação do direito fundamental. É a parte substancial do direito, cuja existência é pressuposto necessário do mesmo. Por essa teoria, há em cada direito fundamental um núcleo, uma essencialidade, que, em nenhum caso, pode ser afetado, mas a localização desse núcleo abre várias concepções, indo-se da idéia de um núcleo estático a um núcleo que varia no tempo, conforme a dinâmica da vida e do direito.

Na idéia de um núcleo estático, a teoria espacial-absoluta apresenta os direitos fundamentais como uma entidade corpórea dotada de substância, em que o conteúdo do direito fundamental se estende por um determinado âmbito, localizando-se o conteúdo essencial no centro. Para melhor compreensão dessa teoria, imagina-se o direito fundamental como uma figura espacial, na qual se vislumbram nitidamente duas partes: o núcleo e a parte periférica. O núcleo é susceptível de ser definido em abstrato e *a priori*, independente da situação histórica e das circunstâncias do caso concreto.

A teoria espacial-absoluta entende que, se o núcleo, que constitui o conteúdo essencial do direito fundamental, for suprimido, o direito resta vazio, pois é o núcleo aquele mínimo que sempre deve permanecer no direito antes e depois de qualquer intervenção

¹⁵⁷ Posição sustentada na Espanha por DE LA CRUZ, Naranjo Rafael. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares de buena fe. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2000; BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado da Colômbia, 2003. Na Alemanha, por ALEXY, Robert. Derecho fundamental e sus restricciones. In: Teoría de los derechos fundamentales.

legislativa.¹⁵⁸ Essa teoria sofre várias objeções, entre elas, a de que limita a liberdade legislativa de configuração dos direitos fundamentais, atribuindo em última instância ao Poder Judiciário a competência para determinar qual o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Além do problema da limitação da liberdade de configuração legislativa, segundo Pulido, na teoria espacial-absoluta, a definição do que compõe o núcleo do direito fundamental e a parte periférica se dá de modo intuitivo e pela experiência da comunidade jurídica, sendo a intuição demasiado subjetiva para servir de critério na definição do que seja o conteúdo essencial de um direito fundamental, porque se torna subjetivamente incontrolável.¹⁵⁹

Para superar as objeções a essa teoria, defende-se que o núcleo do direito fundamental deve sofrer mudanças para permanecer vivo no tempo, aberto ao presente, sempre reconhecível, mas nunca igual a si mesmo, de forma a se adaptar às conjunturas sociais vigentes e a reconhecer ao legislador uma liberdade de configuração normativa. Essa teoria recebe o nome de temporal-absoluta; absoluta, porque ainda concebe o núcleo do direito fundamental como absoluto, embora culturalista, porque identificado na cultura jurídica existente em cada momento histórico da sociedade. O conteúdo essencial não é definido *a priori* e *abstratamente*, como defende a teoria espacial-absoluta, mas concretamente em cada caso de constitucionalidade.

Para Pulido, essa teoria traz duas concepções plausíveis: a de que o conteúdo essencial do direito fundamental se moldura historicamente, mas conserva algo que o identifica no presente, e a de que o conteúdo essencial está inserido no contexto cultural vigente. No entanto, objeta-se que a teoria sustenta, mas não mostra como se dá a transformação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais no tempo, depositando uma excessiva confiança na objetividade dos conteúdos culturais. “Parece dudoso que en una sociedad pluralista la cultura jurídica sea tan homogénea o tan objetiva como pretende esta concepción, especialmente en el campo de los derechos fundamentales, siempre abierto a las controversias de opinión.”¹⁶⁰

¹⁵⁸ O Tribunal Constitucional Espanhol – TCE - assumiu a posição da teoria espacial-absoluta em sentença de inconstitucionalidade de alguns artigos do Decreto que regulamentava o direito de greve, em 1981. Para concluir que estes artigos afetavam o conteúdo essencial do direito de greve, o TCE afirmou ser possível delimitar o conteúdo essencial, previamente, de todos os direitos fundamentais pela natureza jurídica de cada direito, entendendo que o conteúdo essencial de um direito é a faculdade de atuação necessária para que o direito seja cognoscível como pertinente ao tipo descrito, o conteúdo de cada direito é anterior a seu reconhecimento. Em PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. p. 410/411.

¹⁵⁹ PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 409.

¹⁶⁰ Ibid., p. 441.

Uma outra tentativa de correção da teoria espacial-absoluta é a teoria mista, que compara o direito fundamental a uma imagem espacial com três círculos concêntricos: o primeiro é o limite máximo da extensão do direito, o direito *prima facie*; o segundo é o resultado do direito após o conflito com outros direitos e/ou bens constitucionalmente protegidos; o terceiro é o limite do núcleo do direito, onde está seu conteúdo essencial, a posição última no processo de determinação do direito fundamental, seu limite final que deve assegurado em qualquer caso.

Essa teoria faz um cotejo entre dois princípios: o da proteção do conteúdo essencial e o da proporcionalidade, que operam em planos diferentes. Para Parejo, as intervenções no direito fundamental justificadas pela proporcionalidade só são permitidas na parte periférica do direito, pois, se afeta o conteúdo essencial torna-se inconstitucional.¹⁶¹ Segundo os defensores dessa teoria, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, apesar de difícil definição, pode ser encontrado prescrutando-se qual o objetivo do direito, qual sua intenção e porque se confere ao direito a condição de fundamental. Essa busca deve ser feita pela interpretação sistemática da Constituição, considerando o momento histórico em que se inserem os direitos: se a intervenção legislativa for de forma tal que afete o direito, desvirtuando-o ou aniquilando-o, o conteúdo essencial foi atingido.

Diametralmente ao fundamento das teorias absolutas sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a teoria relativa sustenta que o núcleo de cada direito somente pode ser determinado num caso concreto de conflito entre direitos ou entre direitos e bens. A teoria relativa compreende os direitos fundamentais como princípios, direitos *prima facie*, os quais se definem apenas no caso concreto, através da ponderação - avaliação do peso de cada um dos princípios envolvidos numa relação concreta de conflito -, com a utilização do princípio da proporcionalidade, pelo qual se verifica a adequação, a necessidade da medida e se a restrição é proporcional à vantagem obtida.

Os adeptos dessa teoria entendem que o conteúdo essencial é aquele que resta depois de uma ponderação. As restrições aos direitos fundamentais baseadas na proporcionalidade não lesionam o conteúdo essencial ainda que nada reste do direito após a ponderação, e daí surja um novo direito. Para Borowski, o conteúdo essencial de um direito fundamental se determina com a interdição de excesso, em caso de direitos de defesa, e com a proibição de proteção deficiente, em caso de direitos prestacionais, mediante a ponderação dos princípios envolvidos, que, dependendo do peso de cada um, pode anular completamente o outro.

¹⁶¹ Posição do autor encontrada em PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. p. 422/423.

“Dependiendo del peso que los principios contrapuestos tengan en la ponderación, ésta puede llevar en el caso concreto a que un derecho fundamental de un ciudadano sea restringido completamente. En este caso al ciudadano no le queda nada.”¹⁶²

A teoria relativa do conteúdo essencial não passa ilesa a críticas e uma das mais fortes aponta para o perigo de que, se confundindo o conteúdo essencial com o resultado da ponderação, não reste nada do direito após a decisão no caso concreto. Aliás, se o conteúdo essencial só se define após a ponderação dos princípios envolvidos, não há núcleo nos direitos fundamentais e, se há, este não é intangível. A idéia gera uma contradição em termos, pois se o conteúdo essencial não existe antes de uma decisão no caso concreto, mas é o resultado da ponderação, ele não pode vincular o Legislativo, nem mesmo o Judiciário, pelo simples fato de não existir antes da decisão.

À parte qualquer denominação de teoria, entendemos que os direitos fundamentais possuem um núcleo intangível, histórico, que pode ser definido concretamente na apreciação constitucional do direito, resistente ao processo de ponderação. Como demonstrado em nosso trabalho, é o alcance do direito que se pondera, ou seja, sua idéia primeira ampla, não seu conteúdo em si, mas a amplitude desse conteúdo, não sua essência. O alcance do conteúdo em si do direito é que pode ser delimitado nos casos concretos até esbarrar no conteúdo essencial do direito, em sua essência. Esse conteúdo-limite não pode ser desprezado num processo ponderativo.

É certo que esse limite há de ser definido em cada caso, mediante um processo interpretativo, segundo as razões apresentadas, mas não pode ser o resultado de uma ponderação, se não o limite para a ponderação.¹⁶³ Como em De la Cruz, temos não ser

¹⁶² BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. p. 99.

¹⁶³ Entendimento diverso tem Virgílio Afonso da Silva que, adepto, no Brasil, da teoria relativa, entende que o núcleo essencial é o resultado da aplicação da regra da proporcionalidade. “É possível que, em casos concretos específicos, após a aplicação da proporcionalidade e de sua terceira sub-regra, a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento/ponderação), nada reste de um determinado direito [...] Quando alguém, por exemplo, tem seu sigilo telefônico devassado e suas conversas interceptadas, nada sobre desse direito fundamental. Quando se proíbe a exibição de determinado programa de televisão ou a publicação de determinada matéria jornalística, também sobre pouco ou nada da liberdade de imprensa naquele caso concreto [...] Em diversos casos semelhantes, por ser impossível graduar a realização de um determinado direito, qualquer restrição a ele é uma restrição total ou quase total”. SILVA, Virgílio Afonso da Silva. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito e Estado, ano 1, nº 4, out/dez, p. 23-51, 2006. p. 44. Pensamos diferente, pois, mesmo em casos concretos, sempre deve restar algo do direito ponderado, e é o que se identifica com seu conteúdo essencial. Nos exemplos apresentados acima por Virgílio Afonso da Silva, os direitos, inclusive subjetivamente, não são atingidos de um todo, mas apenas se excluem, pela restrição, determinadas condutas que concretamente valem menos que o amparo a outros direitos e/ou bens, resultando numa regra particular a ser aplicada ao caso (DWORKIN, Levando os direitos a sério. p. 46). Quando se interceptam conversas telefônicas, sobra sempre um direito ao sigilo telefônico, menos como o escudo a prática de crimes, por exemplo, se for o caso. É que, pela ponderação, chega-se à conclusão de que determinada conduta não integra o suporte fático da norma-princípio, *prima facie*, em determinado caso: a ponderação pode até ser

concebível uma definição genérica de conteúdo essencial válida para todos os direitos e de uma vez por toda, durante todo o tempo, pois o conteúdo essencial está em constante evolução, definindo-se somente quando da avaliação da restrição,¹⁶⁴ mas também não pode estar disposto à ponderação e dela ser o resultado, visto que o conteúdo essencial é o que garante a identificação do direito para depois de seu embate com outros direito e/ou bens. O conteúdo essencial, dessa forma, resulta no último limite dos direitos fundamentais, possuindo uma força tal que resiste a qualquer exercício de ponderação.

O conteúdo essencial como proteção última dos direitos fundamentais, compreendido como direito subjetivo e também na perspectiva da norma objetiva, garante sua invulnerabilidade frente a qualquer intromissão dos poderes públicos. Uma vez que estes poderes estão vinculados aos direitos fundamentais, não podem limitar tais direitos sem justificção na ordem constitucional, nem essa limitação pode afetar seu conteúdo essencial, tendo-se aí um escudo a proteger o direito fundamental, em sua essência, contra qualquer ação ou omissão dos poderes constituídos.

A idéia de conteúdo em si dos direitos fundamentais é de que todo direito possui um objeto, que, por dificuldades jurídicas - falta de recursos jurídicos eficazes - ou por limites fáticos - falta financeira - pode não ser realizado, mas não pode ser negado ao indivíduo como direito. O direito à liberdade de expressão tem como objeto a liberdade de expressão (condição do sujeito de livremente se expressar), o direito à moradia tem como objeto uma moradia (o acesso a uma para quem dela necessite e não a pode obter sem a ajuda do Estado ou a conservação da que já se possui); o direito à saúde tem como objeto a assistência à saúde (por meios de prestações assistenciais ou por defesa contra medidas que a afetem).

Em nenhum caso, sob qualquer justificativa, esses objetos podem ser negados como direitos subjetivos, pois foram constituídos como direitos fundamentais ao indivíduo. Num aparente confronto entre o direito à moradia e o direito à saúde, nenhuma decisão pode negar absolutamente o direito a uma moradia frente às prestações de saúde, ou vice versa, sob o argumento de que, diante da falta financeira, não há direito de um frente à importância do outro. Como já deixamos registrado em várias passagens dessa obra, é o tamanho do objeto de cada direito que pode ser delimitado frente às possibilidades jurídicas e fáticas, não o objeto em si do direito. Em qualquer caso de confronto, deve restar sempre seu objeto, na medida em que seja possível identificá-lo como direito fundamental posto na Constituição do Brasil.

incompatível com a teoria interna sobre restrições aos direitos, mas não com as restrições externas e com a identificação de um conteúdo essencial que lhe é resistente.

¹⁶⁴ DE LA CRUZ, Naranjo Rafael. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares de buena fe. p. 156/157.

Pode-se se colocar, então, a questão de saber se o Poder Judiciário tem legitimidade para decidir diretamente sobre o conteúdo em si dos direitos fundamentais sociais prestacionais, já que, pelas exigências de seu objeto, requerem decisões políticas anteriores para sua configuração como direito subjetivo. É o problema que já levantamos antes sobre a reserva de competência. A primeira consideração a fazer é que o Judiciário é também um poder político, além de jurídico, ainda mais quando atua na defesa da Constituição, que é a expressão de um pacto político, além de uma Carta Jurídica.

Ademais, se ao Judiciário é conferida autorização constitucional para a guarda dos elementos essenciais da Constituição, avaliando as restrições legislativas como constitucionais ou não, segundo afete ou não o núcleo essencial dos direitos constitucionais fundamentais (art. 60, IV, da CF)¹⁶⁵ como não pode o mesmo dizer sobre o conteúdo não definido (omissão) ou mal definido (omissão parcial) dos direitos fundamentais sociais prestacionais? Para guardar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário tem que dizer sobre o conteúdo desses direitos, ou seja, tem que definir o conteúdo em si dos direitos, delimitando seu núcleo.

Se ao Poder Judiciário, mediante autorização constitucional, cabe decidir se uma lei afeta ou não o conteúdo essencial do direito à liberdade de expressão (art. 5º, IX, da CF) tem esse Poder a legitimidade, constitucionalmente dada, para dizer em que consiste a liberdade de expressão. Se lhe é dada autorização constitucional para verificar se a conformação legislativa dos direitos fundamentais foi ampla demais, a invadir outros direitos e/ou bens, ou restrita demais, a negar o conteúdo essencial desses direitos, é o Judiciário quem por último vai decidir sobre a definição de seus conteúdos, suas relações e sua realização em conjunto, envolvendo os direitos fundamentais sociais prestacionais nessa tarefa e definindo também seu conteúdo.

Como já antecipamos, o Poder Judiciário, nesses casos, atua não invadindo a competência dos poderes Legislativo e Executivo, mas preenchendo uma omissão, sem esquecer que, nessa seara, cabe ainda ao Judiciário agir, apesar da ação dos poderes Legislativos e Executivos, no controle de ação excessiva ou insuficiente que afronte o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

¹⁶⁵ Sobre a inclusão de todas as normas de direitos fundamentais sob a proteção do art. 60, IV, da CF, ver SARLET, Ingo Wolfgang. A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 333 e ss; SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como cláusula pétrea, Revista Interesse Público, nº 17, p. 56-74, 2003.

Como no caso dos direitos fundamentais sociais prestacionais as omissões inconstitucionais são mais comuns, principalmente, por falta de políticas executivas a atingir o conteúdo essencial desses direitos, é imprescindível a perspectiva subjetiva para a garantia de sua essência. Negar subjetividade aos direitos fundamentais sociais prestacionais deixa à disposição do Legislativo e do Executivo seu conteúdo essencial, posto que somente a omissão inconstitucional controlada subjetivamente pode garantir a essência do direito fundamental.

Esse controle subjetivo ainda surte um efeito a mais, pois traz para o campo jurídico as discussões sobre a alocação dos recursos públicos e permite saber por mais esta via – a do processo judicial - se as decisões sobre a alocação dos recursos públicos tomadas pelos poderes públicos observam a vinculação desses poderes aos direitos fundamentais, todos eles. O controle subjetivo é também uma forma de participação dos sujeitos de direito nas decisões políticas referentes aos direitos fundamentais sociais prestacionais.

Mas se é certo que os direitos fundamentais sociais prestacionais possuem um objeto em si, que os qualifica como direitos, podendo ser limitado, mas não negado, resta, então saber qual o limite de tamanho desse objeto que não foge à essência do direito. Como exemplo, se o objeto em si do direito à moradia é uma moradia, qual o tamanho dessa moradia não foge à essência desse direito? Esse exercício de avaliação deve ser feito quando da questão jurídica dada. Nesse sentido, entendemos não ser necessário um exercício hercúleo para definir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais prestacionais, se fizermos uma leitura adequada dos fundamentos e objetivos da Constituição do Brasil. Noções de vida digna, sociedade justa e solidariedade são indicações orientadoras.

Krell vai mais longe e, sem se referir a um conteúdo mínimo à identificação do direito, afirma que os direitos fundamentais, de todos eles, não exige necessariamente uma lei pra concretizá-los, pois eles “possuem um conteúdo que pode ser definido na própria tradição da civilização ocidental-cristã, da qual o Brasil faz parte.”¹⁶⁶ Por isso, o autor entende ser desnecessária uma lei para definir o conteúdo dos direitos fundamentais, que defina, por exemplo, o que seja liberdade de expressão artística ou política.

Schneider reconhece uma autonomia interpretativa jurídico-constitucional, a qual ele chama de “reserva de autointerpretação social”, quando afirma que a Constituição, ao regular âmbitos da vida alheios ao Estado, servindo-se de conceitos abertos e indeterminados, tais como o crença ou ciência, reconhece uma autonormatividade desses direitos e delega uma

¹⁶⁶KRELL, Direitos Sociais e o Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. p. 38.

parte da competência interpretativa aos grupos e comunidades que possuem uma compreensão do que os termos têm em si mesmos.¹⁶⁷ Por isso, nenhuma lei vai definir exatamente o que seja a cultura e o lazer, por exemplo, mas nossa civilização tem um horizonte de sentido, que nos permite saber o que impede o acesso à cultura e ao lazer.

Por nossa compreensão sobre o que seja pobreza, riqueza e habitação, podemos perfeitamente assegurar que, na atualidade, o direito à moradia no Brasil não alcança o direito a uma casa com alto padrão de luxo, mas também não deixa de alcançar uma moradia que abrigue o homem das intempéries da natureza e lhe dê dignidade, segurança e privacidade, quando o mesmo não possa adquiri-la por conta própria. O direito à saúde não reserva ao cidadão um alto padrão de qualidade de atendimento à saúde, da mesma forma que a liberdade artística não alcança pintar em um cruzamento de ruas movimentado.

Há um alcance de conteúdo a mais, que pode ser ponderado, e um espaço de conteúdo a menos impenetrável, que pode ser definido, se não pelos poderes Executivo e Legislativo - mais imediatamente encarregados da concretização dos direitos fundamentais -, pelo Poder Judiciário, que não pode deixar de agir por inação dos primeiros, remetendo o problema de volta a sua origem. Se faltarem os poderes estatais “políticos”, primeiros encarregados, o Judiciário tem a competência constitucional de decisão na definição dos direitos fundamentais e de sua essência.

O que não se pode, simplesmente, é negar a existência de um direito fundamental ao indivíduo sob o argumento da falta de definição de seu conteúdo ou de impossibilidades financeiras, deixando o problema sob uma reserva dos poderes Legislativo e Executivo, numa caixa fechada, da qual somente tais poderes têm a chave. Ao Judiciário cabe agir definindo o conteúdo de cada direito fundamental social prestacional nos casos que lhe chegam, fazendo garantir perante os sujeitos de dever a prestação que lhe é essência, suprimindo a falta estatal na concretização da Constituição.

2.3 Omissões fundamentais e o mandado de injunção como instrumento de concretização dos direitos sociais prestacionais no plano do Judiciário

Sustentar que os direitos fundamentais sociais prestacionais estão estruturados em normas definidoras de direitos e, por tal, geram direitos subjetivos diretos a prestações materiais, além de normativas, a princípio, nos leva a descartar a hipótese de utilização do

¹⁶⁷ SCHNEIDER, Hans-Peter. Democracia e Constitución. Trad. Luiz Lópes Guerra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 61.

mandato de injunção nessa seara. Ora, se temos direitos definidos diretamente pela Constituição, não há necessidade de normas infraconstitucionais que lhes dêem configuração.

No entanto, ao sustentarmos que os direitos fundamentais sociais prestacionais estão configurados em normas definidoras de direitos, tais quais outros direitos fundamentais, não negamos a necessidade de definição de seu conteúdo pelo Legislativo e Executivo para melhor exercício desses direitos, nem que, em muitos casos, a falta de uma regulamentação possa obstacularizar o gozo do direito. O que não concordamos é que essa dificuldade tenha como efeito retirar desses direitos a condição de direitos subjetivos positivos, impossibilitando-os de serem diretamente exigidos judicialmente.

Ademais, entre as normas definidoras de direitos fundamentais sociais prestacionais, algumas expressamente remetem a uma concretização legislativa, como a que está contida no art. 7º, incisos I, da CF: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”¹⁶⁸, e no inciso XX: “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”, por exemplo. Como já expomos alhures em Barroso, essas normas concedem os direitos, mas os remetem à concretização legislativa. É exatamente nas faltas legislativas e executivas que o mandado de injunção – MI - deve ser utilizado como garantia da subjetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

Melhor seria, e disso não temos dúvidas nem acreditamos que possa haver, que os direitos fundamentais sociais prestacionais tivessem sido, todos eles, concretizados em âmbito Legislativo e Executivo; que tivéssemos definido qual o conteúdo certo, ao menos aproximadamente (pois nenhuma norma é de todo completa nem incompleta), do direito à cultura, qual tipo de moradia não pode ser negada a nenhum cidadão sob pena de negação de um direito fundamental e de violação à dignidade da pessoa humana, por exemplo. Porém, mesmo em não havendo tais definições, os direitos fundamentais, nenhum deles, podem ser negados sob o pretexto da falta de concretização por norma reguladora posterior, sendo que o mandado de injunção serve justamente como uma garantia contra a negação de

¹⁶⁸ Ressalta-se que o inciso I, em referência, já conta com norma regulamentadora (Lei. 8.036/90, do FGTS), ao menos em parte, sofrendo, inclusive, várias críticas, porque o FGTS transformou o direito constitucional de relação de emprego protegida contra demissão arbitrária ou sem justa causa em direito potestativo do empregador, que pode romper a relação de emprego sem qualquer justificativa, desde que pague a multa rescisória de 40% dos valores de depósito do FGTS.

direitos constitucionais por falta de atuação dos poderes públicos mais imediatamente encarregados de fazer concreta a Constituição do Brasil - o Legislativo e o Executivo.¹⁶⁹

Frete aos direitos fundamentais sociais prestacionais, o mandado de injunção é uma garantia de concretização desses direitos pelo Poder Judiciário contra a omissão dos poderes Legislativo e Executivo. Visa o MI desobstruir a via de gozo subjetivo, resolvendo o Judiciário os casos diretamente, quando a omissão dos poderes Legislativo e Executivo impede o exercício daqueles direitos. Observe-se que, se a ação do Judiciário incorre em invasão à esfera de competência desses outros poderes, essa invasão é constitucionalmente autorizada, pois quando o constituinte inseriu na CF o MI como garantia de exercício de direito, dotou o Judiciário do poder de agir na falta de ação dos outros poderes diretamente competentes.

O art. 5º, LXXI, da CF, expressa: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Pela leitura do texto, qualquer direito constitucional, em quaisquer de suas dimensões, defesa e/ou prestacional, está amparado pelo MI contra omissões legislativas e executivas. Se há, nos direitos fundamentais sociais prestacionais, um conteúdo em si que não pode ser negado, o MI pode servir de instrumento para a concessão subjetiva positiva desses direitos, requerendo o sujeito de direito ao Judiciário a prestação objeto do direito não concretizado pelos poderes Legislativo e Executivo.

O mandado de injunção serve, inclusive, para suprir falta de programas regulativos de concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais. Já discorreremos atrás que os direitos fundamentais sociais prestacionais são direitos das pessoas, e não apenas programas ou tarefas dirigidas ao poderes Executivo e Legislativo, e que os programas são apenas melhores meios de concretizá-los. Dessa forma, se a falta de programas regulativos interfere no gozo subjetivo do direito, a omissão enseja mandado de injunção como forma de garantir o gozo das prestações por seus titulares.

Vimos, também, alhures, que os direitos fundamentais são interdependentes, ficando difícil se vislumbrar somente uma dimensão de defesa ou prestacional em cada direito: o direito à liberdade de expressão (art. 5º, IX, da CF), por exemplo, requer um aparato de prestações estatais para sua proteção e satisfação, consubstanciadas em direitos fundamentais

¹⁶⁹ Saraiva propõe a instituição de um “Mandado de Garantia Social” como meio jurídico de tornar os direitos fundamentais sociais efetivos, podendo ser titular da ação qualquer pessoa de qualquer classe social. SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. p. 98.

sociais prestacionais (educação para se expressar), além de exigir direito de respeito (defesa); o direito à moradia, por exemplo, (art. 6º, da CF), além de exigir prestações efetivas de acesso à moradia, possui uma dimensão de defesa e proteção, de preservação à moradia contra ação do Estado e de terceiros. Então, qualquer obstáculo por falta regulamentar, que inviabilize o exercício dos direitos constitucionais, deve ser removido pelo MI, ou seja, a falta deve ser suprida e o direito concretizado.

O mandado de injunção é uma garantia para o caso concreto, é uma garantia de direito subjetivo obstaculizado por falta de norma regulamentar, qualquer ela, legislativa ou executiva (lei complementar, lei ordinária, decretos, regulamentos, etc.), tendo como legítimo sujeito ativo qualquer pessoa titular do direito constitucional inviabilizado por falta de norma regulamentar. Pelo MI, o Judiciário assume “a tarefa de viabilizar o direito constitucional no caso concreto, quando da falta de norma regulamentadora.”¹⁷⁰ É uma garantia de direito à realização da norma constitucional a despeito da inação ou atuação parcial dos poderes Legislativo e Executivo; parcial também porque é cabível MI quando a norma concretizadora, ainda que regule o direito constitucional, não o viabiliza por inteiro.

Entretanto, esse não é o entendimento inicial que o Supremo Tribunal Federal – STF - assume com referência ao mandado de injunção, o qual o concebeu nos moldes de uma ação de declaração de inconstitucionalidade por omissão regulamentar, apenas dando ciência ao órgão responsável para a edição de norma concretizadora do direito constitucional, sem resolver o caso concreto que se ajuizava justamente por falta de norma inviabilizadora do gozo do direito.

O “lide case” na matéria é o MI 107-3/DF, julgado em 21.11.1990, em que o SFT declara que o MI:

É ação que visa obter do poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade desta omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ADIO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão), art. 103, § 2º, da CF.¹⁷¹ (acréscimo nosso)

O mesmo entendimento se segue em outras decisões, como a do MI 168-5/RS, em que o SFT reforça o entendimento de que o MI é ação que objetiva apenas verificar e declarar

¹⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 163.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 107-3/DF. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 04.10.2007.

a mora regulamentar, inviabilizadora do gozo do direito constitucional, dando apenas ciência ao órgão responsável pela omissão.

O MI nem autoriza o Poder Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato o ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o tribunal o faça, contém-se o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra.

Nem nada, nem tudo, o STF tem avançado em sua posição com relação ao MI, mesmo não reconhecendo ainda o que a doutrina ajuizada propaga em alto e bom tom: que o MI é ação constitutiva, que visa assegurar o gozo imediato dos direitos constitucionais, principalmente, dos fundamentais inviabilizados por falta de norma regulamentadora, como forma de garantir sua eficácia plena e aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF). Esse avanço consiste no Supremo Tribunal Constitucional ter decidido não só no sentido de verificar e declarar a mora regulamentar, dando ciência ao órgão responsável, mas em conceder um prazo para que a omissão seja suprida. E mais: não observado o prazo, o STF autoriza a realização direta da norma constitucional.

Em decisão no MI 232-1/RJ, julgado em 02.08.1991, sobre pedido de entidade beneficente de assistência social de isenção de contribuições para a seguridade social (art. 195, § 7º, da CF: “são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendem as exigências estabelecidas em lei”), o STF, além de declarar a omissão do Congresso Nacional, fixou o prazo de seis meses para a elaboração da lei. Vencido o prazo, sem a atuação legislativa, o impetrante passaria a gozar diretamente do direito contido na norma, ou seja, estaria isento das contribuições. O prazo para atuação dos poderes Legislativo e Executivo, resultado ainda acanhado vistas às potencialidades do MI, é uma tentativa do Poder Judiciário preservar o princípio da separação dos poderes.

No MI 283-5/DF, julgado em 20.03.1991, sobre mora legislativa na edição de lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, contido no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT -, por cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica em decorrência de Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica, O STF deferiu o pedido parcialmente, comunicando ao Congresso Nacional e ao Presidente da República a omissão constitucional e

fixando o prazo de 45 dias, acrescido de 15 dias, para a sanção presidencial, para elaboração e promulgação da lei em referência, sendo que, ao final do prazo, sem as providências tomadas, ficava reconhecido ao impetrante o direito de ingressar contra a União, em processo adequado, para obtenção de sentença líquida de reparação dos danos, “dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada.”¹⁷²

Os poderes mencionados não cumpriram com o prazo, e outros mandados de injunção foram impetrados com o mesmo objetivo,¹⁷³ tendo o STF decidido por não mais dar ciência aos poderes Legislativo e Executivo para providências em prazo certo, uma vez que a mora legislativa já havia sido comunicada, bem como esses poderes não cumpriram com o prazo fixado na primeira decisão. Desse modo, não tendo mais sentido algum a ciência da falta e a estipulação de prazo, assegurou “aos impetrantes o imediato exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo art. 8º, § 3º, do ADCT, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para fixação do valor da indenização.”¹⁷⁴ A decisão reserva ainda direito dos impetrantes se beneficiarem da lei que posteriormente vier a ser editada, no que lhe for mais favorável.

Mas o avanço que se considera pelo STF, nos casos acima assinalados, não repercute em outros casos em pedido de MI. Por exemplo, os referentes ao direito de greve no serviço público (art. 37, VII, da CF), com conseqüente aplicação da Lei 7.783/89, que regula a greve na iniciativa privada, têm sido constantemente negados, reconhecendo o Supremo apenas a mora legislativa e comunicando ao Congresso Nacional para providências cabíveis.

No MI 485/MT, julgado em 25/04/2002, o Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de Mato Grosso – SINDEPO-MT - solicita do Poder Judiciário a concretização do direito contido no art. 37, VII, da CF, ou, alternativamente a utilização da lei de greve 7.783/89, da iniciativa privada, até que o Congresso Nacional regulamente o direito de greve dos servidores públicos, e, além disso, que conceda o prazo razoável ao Congresso Nacional para regulamentação do artigo constitucional e imponha multa em caso de não cumprimento

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283-5/DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: < www.stf.gov.br >. Acesso em: 04.10.2007.

¹⁷³ Citamos o MI 447/DF, julgado em 05.05.1994; o MI 543/DF, julgado em 26.10.2000; e o MI 562/RS, julgado em 20.02.2003.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 562/DF. Relator Carlos Veloso. Disponível em: < www.stf.gov.br >. Acesso em: 04.10.2007.

da notificação para regulamentação. O STF decidiu por acolher, em parte, o pedido, limitando-se a declarar a omissão e comunicar a mora ao Congresso Nacional.¹⁷⁵

Em consonância com a jurisprudência assente nesta Corte, que firmou o entendimento de não ser auto-aplicável a norma inscrita no art. 37, inciso VII, da Constituição Federal, e tendo em vista o reconhecimento do Estado de mora do Congresso Nacional na efetivação da prestação legislativa, **conheço em parte do mandado de injunção e o defiro nesta parte**. Em conseqüência, determino seja expedida a respectiva comunicação ao Poder, a fim de que adote as medidas necessárias ao suprimento da omissão apontada.¹⁷⁶

No âmbito de nosso trabalho, o MI assume especial importância visto que as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais trouxeram polêmica doutrinária quanto a sua subjetividade direta, porém não se localiza nenhum pedido em MI referente à concretização dos direitos contidos no art. 6º, da CF: direito à moradia, lazer, cultura, saúde, educação, etc. Não era de se esperar situação diferente, uma vez que o artigo citado não faz nenhuma menção à norma infraconstitucional para sua concretização e o MI objetiva liberar via de gozo de direito constitucional obstruída por falta de norma regulamentadora.

No entanto, se o entendimento de boa parte da doutrina, como já colocamos, é de que as normas de direitos sociais prestacionais necessitam de concretização legislativa e/ou executiva para definição de seu conteúdo e forma de implementar seu objeto; partindo desse entendimento - e aqui destacamos não ser nossa defesa, por sustentarmos a auto-aplicabilidade dos direitos contidos na norma do art. 6º, da CF, sendo a concretização legislativa e/ou executiva apenas um *plus* na implementação desses direitos, não condição de sua exigência -, é perfeitamente possível pedido em MI para exercício dos direitos acima mencionados.

Em sentido contrário, é comum pedido em MI com referência ao art. 7º, que enuncia direitos dos trabalhadores, especificamente, os constantes nos incisos I e XXI. Com relação ao inciso I (“relação de emprego protegida contra despedida arbitrária e sem justa causa, nos

¹⁷⁵ Segue a mesma decisão em pedidos similares MI 585/TO, julgado em 15.05.2002, e MI 689/PB, julgado em 07.06.2006. Registra-se que, durante a elaboração do presente trabalho, tramita no Congresso Nacional projeto de lei de regulamentação do art. 37, VII, CF. Registra-se também que, durante a elaboração do presente trabalho, o STF tomou uma decisão que pode ser considerada o marco em aproximação da jurisprudência às teses da doutrina na seara do MI. Em decisão ao MI 712/PA, julgado em 25.10.2007, cujo acórdão até a presente data não foi publicado, o STF decidiu, por maioria, seguindo o voto do Ministro Relator Eros Graus, atender ao pedido do Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará, em aplicar a lei de greve 7.783/89, da iniciativa privada, suprimindo a lacuna legislativa do art. 37, VII, da CF. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 31.01.2008.

¹⁷⁶ Decisão do Ministro Relator Maurício Corrêa, seguida pela maioria dos ministros presentes. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 04.10.2007.

termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória entre outros direitos”), o STF firmou entendimento de que a própria Constituição, no art. 10, I, do ADCT, que limitou a proteção contra despedida arbitrária ao aumento para quatro vezes o percentual previsto no art. 6º, caput e § 1º, da Lei nº 5.107/66,¹⁷⁷ regulou provisoriamente a matéria até a elaboração de lei, sendo descabível compelir o Congresso Nacional a elaborar lei nesse sentido.

A decisão acima foi dada no MI nº 114/SP, julgado em 04.04.1991, sendo, onze anos depois, repetida no MI 628/RJ, julgado em 19.08.2002, embasada no mesmo dispositivo constitucional constante no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Cabe aqui destacar o voto contrário do ministro Marco Aurélio, o qual entende que o preceito sustentador da decisão desfavorável ao impetrante tem caráter provisório e não pode substituir lei complementar por tempo indefinido. Assiste razão ao Ministro autor do voto dissidente, pois o art. 10, I, do ADCT, objetivou lograr de imediato benefício ao empregado dispensado sem justa causa, até que o Congresso Nacional regulamentasse a matéria por inteiro.

Creio que a mora do Congresso existe, tendo em conta o espaço de tempo dilatado. A inserção do art. 10 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias visou, justamente, a apanhar um período razoável de tempo para a elaboração de lei complementar. E, evidentemente, se já contamos com mais de treze anos, os preceitos do referido artigo 10 não surtem os efeitos capazes de obstacularizar o Mandado de Injunção.¹⁷⁸

A falta de norma complementar resulta em prejuízos aos empregados, tendo o art. 10, do ADCT, e a lei do FGTS nº 8.036/90, art. 18, § 1º, que prevê indenização de 40% dos valores depositados na conta do FGTS do empregado, transformado a dispensa imotivada do empregado em verdadeiro direito potestativo do empregador. Desde que pague a multa legal, o empregador pode dispensar o empregado sem qualquer justificativa, o que descaracteriza completamente o direito contido no art. 7º, I, da CF, que visa proteger a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

Após a Constituição de 1988, o Congresso Nacional aprovou, através do Decreto Legislativo nº 68/1992, a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho - OIT - sobre o término da Relação de Emprego por Iniciativa do Empregador, tendo sido promulgada pelo Decreto presidencial nº 1.855, de 10.04.96, devendo “ser cumprida tão inteiramente com nela se contém”(art. 1º, do referido Decreto). Pelo art. 4º da Convenção Internacional do

¹⁷⁷ Lei 5.107/66, revogada pela lei 8.036/90, em vigor.

¹⁷⁸ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. MI 628/RJ, julgado em 19.08.2002. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 04.10.2007.

Trabalho nº 158, “não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.”¹⁷⁹

A norma em referência protege nitidamente a relação de emprego contra despedida arbitrária e sem justa causa e é uma concretização do art. 7º, I, da CF, além de ser verdadeira norma de direito fundamental do trabalhador, se analisada sob as perspectivas do art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes [...] **dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte**” e do art. 7º da CF, que assinala ser direito “dos trabalhadores [...] **além de outros que visem à melhoria de sua situação social**”. (grifos nossos)

No entanto, o que deveria funcionar como norma a regulamentar o art. 7º, I, da CF, teve curta duração, tendo a Convenção nº 158 da OIT, sido denunciada, em 20.12.1996, pelo Decreto 2.100/96, durante a onda neoliberal do Governo Fernando Henrique Cardoso, evidenciando um verdadeiro retrocesso social. Após ser denunciada, a Convenção perdeu sua validade no Brasil em dezembro de 1997. A decisão do STF, nitidamente, corrobora a falta de interesse dos poderes Legislativo e Executivo em cumprir o mandamento constitucional de proteger a relação do emprego contra despedida arbitrária e sem justa causa.

Na mesma linha de inércia¹⁸⁰ quanto ao objetivo substancial do MI, que para nós é a concretização do direito pelo Judiciário frente à inação dos outros poderes em regulamentar as normas constitucionais, vem decidindo o STF nos casos que lhe chegam a respeito do direito contido no art. 7º, XXI, da CF: “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”. Face à falta de lei posterior à Constituição de 1988, que garanta o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, as empresas aplicam o art. 487, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT - que prevê aviso prévio de 30 dias, independente do tempo de serviço na empresa.

Incorre o legislador, por sua omissão, em flagrante inconstitucionalidade, pois, além de esvaziar a norma constitucional do art. 7º, XXI, fere um critério de justiça proporcional,

¹⁷⁹ Excluem-se de causa de justificativa: a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento de empregador, durante as horas de trabalho; b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade; c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes; d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social; e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade. (Art. 5º da Convenção nº 158).

¹⁸⁰ A palavra inércia é utilizada aqui não no sentido de paralisado em suas atividades, mas no sentido de continuar os mesmos entendimentos, sem nenhuma alteração que faça o MI se prestar a seu objetivo constitucional, qual seja, o de tornar viável exercício de direito negado me virtude de mora regulamentar legislativa ou executiva.

pois o empregado com apenas dois ou oito meses de serviço tem o mesmo aviso prévio de 30 dias que o empregado dispensado após 20 anos de serviço. Frente à evidente injustiça e inconstitucionalidade, empregados têm recorrido ao STF, através do MI, em busca da garantia do direito a um aviso prévio proporcional a seu tempo de serviço na empresa, visando que o STF fixe, no caso concreto, um aviso prévio superior a trinta dias e proporcional ao tempo de serviço. No entanto, os impetrantes não têm obtido o êxito esperado.

No MI 369/DF, julgado em 19.08.1992, um ex-empregado da empresa Companhia Brasileira de Trens Urbanos pleiteou indenização em dinheiro por aviso prévio proporcional a seu tempo de serviço na empresa: nove anos e nove meses. Alegou o impetrante que a falta de regulamentação do art. 7º, XXI, da CF, faz deste artigo “letra morta”, no que requereu o cumprimento de seu direito subjetivo contido na norma a despeito de regulamentação pelo Congresso Nacional.

Em voto do relator, acompanhado pela maioria, declarou-se procedente em parte o pedido, verificando-se a omissão do Congresso Nacional quanto à elaboração da norma que daria eficácia plena à norma constitucional e fixando-se o prazo de seis meses para as providências pelo Congresso Nacional, findo o qual, sem a elaboração da norma em questão, o impetrante poderia requerer, no juízo trabalhista competente, o que julgasse como direito.

Nessa decisão, o relator faz referência ao MI 283-5, julgado em 20.03.1991., cujo julgamento é considerado um marco de avanço na interpretação do MI pelo SFT. Porém, duas observações devem ser feitas: primeiro, a espera por seis meses quando se litiga por parcelas salariais pode resultar em graves prejuízos ao titular do direito; segundo, mesmo que o Congresso cumprisse com o prazo e elaborasse a lei em seis meses, ela não abrangeria casos passados, que ficariam prejudicados em virtude da falta da norma regulamentadora ao tempo do término da relação de emprego. Diante desses problemas, exige-se do STF uma solução imediata para o caso em apreço, a exemplo do que decidiu o Ministro Carlos Veloso, no MI 95/RR, julgado em 07.10.1992, em que atuou como relator, repetindo os mesmos argumentos sustentados em voto no MI 369/DF, julgado em 16.08.1992.

Sustentou o Ministro Carlos Veloso, nos mandados de injunção supramencionados, que o STF deveria elaborar a norma para decidir os casos concretos que lhe chegam. Nos casos de falta de norma regulamentadora do art. 7º, XXI, da CF, decidiu que “o aviso prévio será de dez dias por ano de serviço ou fração superior a seis meses, observado o mínimo de trinta dias”, além de comunicar a omissão constitucional ao Congresso Nacional e os prejuízos que tal omissão vem causando aos titulares do direito constitucional, assegurando

que “faço o que, segundo penso, a Constituição quer que eu faça: para o caso concreto elaboro a norma a ser observada.”¹⁸¹

Nos dois casos, o Ministro Carlos Veloso foi voto vencido, sendo que, no MI 95/RR, julgado dois meses após o MI 369/DF, sequer foi concedido prazo para supressão da omissão legislativa pelo Congresso nacional, limitando-se o STF a declarar a mora legislativa e comunicar ao legislador para que a supra. Mesmo entendimento e decisão foram repetidos no MI 695/MA, julgado em 01.03.2007, embora se ressalte que o próprio pedido do impetrante era limitado à declaração da omissão e à emissão de norma regulamentar pelo Congresso Nacional.

Destaca-se ainda do Ministro Carlos Veloso, em seus votos em MI, o esclarecimento do equívoco comum em que incorre o STF quanto ao sujeito passivo da relação, pois entende o STF que o sujeito passivo no MI é a pessoa encarregada de elaborar a norma regulamentadora, confundindo a competência para o julgamento do MI, que se estabelece em razão da pessoa a quem compete a elaboração da norma regulamentadora (arts. 102, I, q e 104, I, h) com a pessoa sobre quem recai a obrigação contida no direito constitucional. Afirma o Ministro que o MI “pode ser requerido contra a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que deva suportar os efeitos da sentença, que atuará em litisconsórcio com a autoridade ou entidade incumbida da elaboração da norma regulamentadora.”¹⁸²

O mandado de injunção objetiva, para efetivação de um direito constitucionalmente concedido, a elaboração de uma norma, no caso concreto, pelo Poder Judiciário, que recebe do legislador constituinte uma autorização expressa para que edite a norma regulamentadora para o caso concreto, na qualidade de “legislador *tout cour*”, sempre que a falta de NR torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, como já assinalava Streck, em 1991.¹⁸³ O mandado de injunção não é uma garantia de comunicação da omissão ao órgão responsável pela concretização constitucional, mas uma garantia de concretização constitucional pelo Judiciário na omissão daquele.

Essa entoada da doutrina parece começar a repercutir no STF. Em decisão recente no MI 712/PA, julgado em 25.10.2007, o STF acolheu pedido do Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em aplicar a lei de greve 7.783/89, da iniciativa privada, no que couber, suprimindo a lacuna legislativa do art. 37, VII, da CF, como garantia do

¹⁸¹ VELOSO, Carlos. MI 95/RR, julgado em 07.10.1992, inteiro teor, p. 84. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 04.10.2007.

¹⁸² VELOSO, Carlos. MI 95/RJ, julgado em 07.10.1992, inteiro teor. p. 84.

¹⁸³ STRECK, Lenio Luiz. O mandato de Injunção no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991. p. 27-28.

direito de greve dos servidores públicos. A decisão por maioria seguiu voto do Ministro Relator Eros Grau, que enfatizou a ineficácia das decisões do Supremo em mandados de injunção de apenas comunicar a decisão ao poder Legislativo e conceder prazo para supressão da omissão, conforme abaixo se coloca em trechos:

Já não se trata de saber se o texto normativo de que se cuida – art. 37, VII [direito de greve dos servidores públicos] – é dotado de eficácia. Importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que se bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra o seu dever, inutilmente.

[...]

O mandado de injunção destina-se, apenas, à remoção do obstáculo criado pela omissão do poder competente para a norma regulamentadora. A remoção desse obstáculo se realiza mediante a formação supletiva da norma regulamentadora faltante. É este o resultado prático que se pode esperar do julgamento do mandado de injunção.

[...]

O que cabe ao órgão da jurisdição não é, pois, constranger alguém a dar cumprimento ao preceito constitucional, mas, sim, suprir a falta da norma regulamentadora, criando, a partir daí, uma coação da mesma natureza daquela que estaria contida na norma regulamentadora.¹⁸⁴

O Mandado de Injunção existe para que o Judiciário não possa negar nenhum direito constitucional, principalmente, direitos fundamentais, quaisquer deles: individual, coletivo, social, de defesa, prestacional, etc. a pretexto de falta de norma regulamentadora, dando cumprimento ao art. 5º, § 1º, da CF. Nesse sentido, esperamos que a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no MI 712/PA, seja transportada para os direitos fundamentais sociais prestacionais, nos casos em que a falta de norma regulamentadora obstaculize o gozo destes direitos.

¹⁸⁴ Ministro Eros Grau, MI 712/PA, julgado em 25.10.2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 31.01.2008.

CAPITULO III

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL DO DEVER DE MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

3.1 O dever da administração pública de materializar os direitos fundamentais sociais prestacionais como prestações subjetivas e o controle judicial da discricionariedade administrativa

Partindo da perspectiva de que estão configurados em normas definidoras de direitos e que geram direitos subjetivos a partir das normas constitucionais, os direitos fundamentais sociais prestacionais refletem em dois tipos de dever: a criação de condições materiais e institucionais, através da elaboração de normas legislativas e/ou executivas que viabilizem melhor o exercício desses direitos, e o fornecimento de prestações materiais, que consiste na distribuição pública dos bens objeto dos direitos fundamentais sociais prestacionais.¹⁸⁵

Como a criação de instituições, por normas, é um dever-meio de realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, posto que os sujeitos de direito têm seu direito subjetivo ao objeto próprio dos direitos, independente da interposição normativa dos poderes constituídos, já que os têm por um mandamento constitucional fundamental, é a Administração Pública – órgãos e agentes do Poder Executivo – a encarregada primeira do dever de materializá-los, consistente no fornecimento aos sujeitos de direito da prestação que lhe é devida.

Os direitos fundamentais, todos eles, vinculam os poderes públicos: Legislativo, Executivo e Judiciário; os direitos fundamentais sociais prestacionais vinculam o poder Executivo, em primeiro plano, ao dever de materialização desses direitos através de programas de ação. Como melhor forma de concretizar os direitos fundamentais sociais prestacionais, a Administração Pública tem o dever de elaborar programas de ação materializadores das prestações objeto desses direitos, sob pena de omissão inconstitucional.

Os programas de ação executivos são vistos como os melhores meios, porque os direitos fundamentais sociais prestacionais têm como núcleo a redução das desigualdades sociais e a concepção de vida digna para todos, devendo atender ao maior número de pessoas em situação de necessidade de atenção estatal e social, sendo uma parte da referência a políticas públicas, as quais, segundo Ohlweiler, são um conjunto de condições de

¹⁸⁵ FIORANELLI, Adelmo Jr. Desenvolvimento e efetividade dos direitos sociais. p. 27.

possibilidade de realização dos direitos fundamentais constitucionais, fazendo acontecer tais direitos, sejam eles individuais ou sociais.¹⁸⁶

Nessa ótica, a realização dos direitos fundamentais como um todo exige uma reestruturação da Administração Pública, na sua forma de agir, devendo desenvolver políticas públicas capazes de atender, de maneira geral e igualitária, às necessidades fundamentais dos cidadãos. Os programas de ação executivos são programas que se voltam a proporcionar uma educação adequada, um meio ambiente saudável, condições de moradia digna, assistência aos necessitados, alcançando todos os cidadãos, e prioritariamente, é claro, aos mais necessitados dessas prestações.

Os programas de ação acabam por ser um dever da Administração Pública por ser uma melhor forma de atender aos direitos dos sujeitos que se encontram em posição subjetiva positiva de vantagem no que se refere aos direitos fundamentais sociais prestacionais. Os sujeitos de direito que podem exigir diretamente o objeto do direito - a prestação - encontram nesses programas uma melhor forma de atenção pública, mas, como já ressaltamos, não é ao programa de ação que os sujeitos de direito têm direito, mas à própria prestação objeto do direito fundamental, o qual melhor se viabiliza pela implementação de programas de ação executivos.

No cumprimento do dever de materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, vislumbra-se, no campo administrativo, um estreitamento do espaço discricionário de atuação do administrador. A Administração Pública não possui um espaço de livre atuação quanto à escolha de opções oportunas e convenientes, imune ao controle judicial, não podendo agir ou deixar de agir na realização desses direitos sob o amparo de um poder discricionário, frente à falta de definição do conteúdo pelas normas que expressam tais direitos. Sua ação discricionária deve ser no sentido de buscar a melhor realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

Inclusive, como nos esclarece Moreira Neto, a discricionariedade administrativa não é o que por muito tempo se pensou que fosse: um poder da Administração Pública para escolher livremente entre opções integrativas do espaço normativo em aberto. A discricionariedade administrativa não é o mesmo que liberdade do poder de agir, mas é uma função, uma competência cometida à Administração Pública para integrar um espaço normativo em aberto, segundo a vontade da lei. A vontade da lei, para o autor, é o que funde a

¹⁸⁶ OHLWEILER, Leonel. As Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito e a refuncionalização da Administração Pública Brasileira. Obra inédita. p. 8 e 10.

legalidade à legitimidade, assim, a integração normativa discricionária só é legítima se satisfaz o interesse público contido na finalidade da lei.

Discricionariedade é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à sua execução, diretamente referido a um interesse público específico.¹⁸⁷

A discricionariedade seria, então, o espaço que a Administração Pública encontra na lei para definir o objeto e o motivo do ato administrativo (elementos não vinculados do ato administrativo), segundo critério de sua oportunidade e conveniência. Essas escolhas, porém, só são legítimas se cumprem com o interesse público, posto na finalidade da própria norma a ser integrada discricionariamente, estando, dessa forma, objeto e motivo limitados pela finalidade do ato (elemento vinculado), ou seja, onde faltar a legalidade, que predispõe a discricionariedade, aparece a legitimidade, que predispõe a vinculação da discricionariedade ao interesse público contido na própria norma.

Dessa forma, não somente os elementos competência, forma e finalidade do ato são elementos legalmente vinculados nos chamados *atos discricionários*, em contraposição aos chamados *atos vinculados*, que contêm todos os cinco elementos vinculados à lei: competência, forma, finalidade, motivo e objeto. O motivo e o objeto, estando limitados pelo objetivo do ato de cumprir com a finalidade da norma, são elementos também vinculados pelo dever da boa administração de só agir segundo o interesse público.¹⁸⁸

Se o motivo e o objeto encontram limites na finalidade do ato, que deve cumprir com o interesse público previsto, explícita ou implicitamente, na norma legal, esses elementos também estão vinculados senão diretamente à norma legal (critério da legalidade estrita), mas indiretamente à realização do interesse público contido na norma (critério da legitimidade). A realização do interesse público é, então, um dever legal, tornando-se a legitimidade um requisito legalmente exigível pela ação administrativa, sendo sua inobservância motivo de invalidação do ato pela apreciação da conveniência e oportunidade do motivo e objeto (mérito administrativo), elementos aparentemente não vinculados.

Pelo exercício da discricionariedade, atende-se tanto à lei quanto ao interesse público nela contido. A discricionariedade não encerra, dessa forma, nenhum poder de livre escolha

¹⁸⁷ MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 22.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 19.

do motivo e do objeto não definidos especificamente pela lei, sendo um poder vinculado à finalidade da norma, que pede sua integração no âmbito administrativo. Trata-se de uma competência para integrar definições abstratas, segundo o interesse público, ou melhor, para definir o interesse público específico contido na norma legal abstrata.¹⁸⁹ É um *poder-dever*: pode atuar, mas deve atuar segundo o interesse público.

É também como nos ensina Mello que, partindo da mesma linha de pensamento, entende que a discricionariedade administrativa é mais ainda um *dever* que um *poder*, pois este existe em função do *dever* de melhor alcançar as finalidades normativas obrigatórias: “a busca destas finalidades tem o caráter de *dever* (antes do que de “poder”), caracterizando uma *função*, em sentido jurídico.”¹⁹⁰ (grifos do autor). Para o autor, o *poder*, no campo administrativo, existe como meio para se atingir a finalidade normativa, é um instrumental de que se deve valer o administrador para o cumprimento do dever público.

O *dever* de atuar de forma ótima, segundo Mello, acaba por restringir mesmo o *poder* de agir discricionariamente, importando localizar a discricionariedade muito mais na norma em tese do que nas situações concretas de fazer escolhas oportunas e convenientes. Exemplificando a afirmação, cita o autor o caso de existir uma lei que conceda o *poder* (usando a forma verbal “poderá”) à Administração Pública de autorizar o porte de armas para indivíduos de boa conduta e, havendo um pedido de porte de arma de um cidadão de boa conduta e pacifista, baseado no fato de que o mesmo tem três filhas e mudou-se para um bairro violento, com alto índice de invasão domiciliar para prática de abusos sexuais e sem nenhuma expectativa do poder público vir a intensificar o policiamento no local, não resta alternativa ao agente público senão o de autorizar o porte de armas.¹⁹¹

Se a decisão fosse diferente, restaria desatendida, no caso concreto, a finalidade da norma, apesar da lei teoricamente permitir que a Administração optasse por qualquer solução, ou seja, de autorizar ou não autorizar o porte de arma. É que, afirma Mello, “o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõe-se, para qualquer agente público, como um ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico.”¹⁹² A finalidade da norma discricionária impõe uma ação, um dever que a realize em sua finalidade.

O autor enfatiza a questão do *dever* antes que *poder* no campo da discricionariedade administrativa, porque, segundo ele, é a noção de *poder* que coloca, erroneamente, a

¹⁸⁹ MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. p. 22.

¹⁹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 13.

¹⁹¹ Ibid., p. 39/40.

¹⁹² Ibid., p. 15.

presunção de que a discricionariedade é disposição de um poder para fazer escolhas livres entre alternativas que a norma põe em abstrato, indiferentemente, no caso concreto. É a noção de *dever* que vem subordinar a discricionariedade administrativa às finalidades da norma, no sentido de, por ela, se atingir um comportamento ótimo de satisfação da finalidade legal. “Não sendo a lei um ato meramente aleatório, só 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.”¹⁹³

Dentro dessa ótica, nenhum mérito administrativo - a oportunidade e conveniência da ação administrativa - é insindicável, ou seja, está livre de apreciação judicial. Aliás, se o mérito administrativo consiste em bem satisfazer o interesse público, as finalidades normativas, esse mérito é insindicável, sendo sindicável apenas o que exorbita à discricionariedade. Posto que a discricionariedade é, como já vimos, um “artifício” da legislação para que se alcance a boa ou a ótima administração, somente o exercício irregular da discricionariedade, ou seja, o demérito, nas palavras de Freitas,¹⁹⁴ torna passível de invalidação a ação administrativa discricionária (desviada).

Essa idéia transparece bem em Gouvêa, ao afirmar que o mérito está sempre circunscrito a limites de legalidade, além de postulados mais modernos do Estado de Direito, tais como os princípios de moralidade, razoabilidade, respeito aos direitos fundamentais, ao imperativo da boa administração, etc. “Dentro destes limites, por definição, o mérito é insindicável. A extravasão do exercício regular da discricionariedade, porém, desfigura o mérito, tornando o ato susceptível de controle judicial.”¹⁹⁵

O mérito legítimo, resultado da ação discricionária, não é sindicável, sendo que somente o que exorbita à ordem jurídica posta explicitamente (legalidade) ou implicitamente (legitimidade) é passível de controle pelo Poder Judiciário. A atuação legítima, portanto, também legal, da Administração Pública está imune à ingerência judicial, no entanto, para se saber se a discricionariedade administrativa foi tomada legitimamente, é necessário verificar a adequação do conteúdo do ato com as finalidades da norma, pois, como bem nos coloca Tácito, “o Executivo opera dentro dos limites traçados pelo Legislativo e sob a vigilância do Judiciário.”¹⁹⁶

¹⁹³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. p. 32.

¹⁹⁴ FREITAS, Juarez. Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 32.

¹⁹⁵ GOVÊA, Marcos Maselli. O Controle judicial das omissões administrativas. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2003. p. 202.

¹⁹⁶ TÁCITO, Caio. A Constituição e o Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo, n. 232, abril/junho, p. 53-58, 2003. p. 53.

A vinculação da discricionariedade ao interesse público ganha um adensamento com a idéia de constitucionalização dos direitos, devendo a atuação da Administração Pública estar sempre voltada ao cumprimento dos mandamentos constitucionais, principalmente aos direitos fundamentais, posto que as normas constitucionais estão no patamar máximo de todo ordenamento jurídico e que os direitos fundamentais, como fundamentais, todos eles, constituem-se em prioridades constitucionais.

Essas prioridades constitucionais, os direitos fundamentais, chamaram a discricionariedade administrativa para a integração das normas em ação administrativa, segundo suas diretrizes. A Administração Pública, como poder público vinculado aos direitos fundamentais, não pode agir em desconformidade com suas indicações, exigindo sempre uma atuação voltada à realização desses direitos. A discricionariedade é, pois, um exercício vinculado ao atendimento dos direitos fundamentais.

Essa leitura da discricionariedade da ação administrativa está em conformidade com o novo paradigma do direito, que rompe com a idéia formalista de um sistema fechado de regras, capaz de resolver todos os problemas das relações humanas pela aplicação subsuntiva da lei (um caso, uma regra), para ser entendido como um sistema aberto de normas (regras e princípios) com caráter abrangente e vinculativo, cuja norma é o resultado de uma interpretação ponderativa do enunciado e seu contexto.

Moraes fala de uma substituição, no Direito Administrativo, do princípio da legalidade pelo da juridicidade, entendido este como a conformidade dos atos com os princípios gerais do direito, previstos, explícita e/ou implicitamente, na Constituição.¹⁹⁷ Cumpre com o dever legítimo de integração das normas o exercício do poder discricionário que satisfaz os direitos fundamentais. É nessa perspectiva que Freitas vai dizer que “na prática de todo e qualquer ato discricionário incorre liberdade irrestrita”.¹⁹⁸

Por essa perspectiva, de vinculatividade da Administração Pública às prioridades constitucionais fundamentais, observamos que merece revisão a doutrina sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos, que restringe a sindicância judicial dos atos apenas em seus elementos vinculados em lei, tais como competência, forma e finalidade, deixando o objeto e conteúdo à fixação pela escolha administrativa, conforme sua conveniência e oportunidade, o que configurava uma “discricionariedade administrativa”.

¹⁹⁷ MORAES, Germana Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999. p. 23/24.

¹⁹⁸ FREITAS, Juarez. Deveres de Motivação, de convalidação e de anulação: deveres correlacionados a proposta harmonizadora. Revista Interesse Público, nº 17, p. 39-48, 2003. p. 41.

Se a Administração Pública está largamente vinculada aos direitos fundamentais, estreito resulta seu espaço de atuação, o que exige uma releitura da teoria clássica dos atos administrativos, que os classifica em *atos vinculados* e *atos discricionários*.¹⁹⁹ Temos que, pela vinculação da Administração Pública às prioridades constitucionais, podemos falar somente de *atos vinculados* e *atos estritamente vinculados*.²⁰⁰

Atos vinculados seriam os que não contam com uma lei específica, ditando ao administrador qual o objeto específico do ato e os limites de sua ação. Assim, a Administração Pública, quanto à oportunidade e conveniência de sua ação, está vinculada apenas às prioridades constitucionais, devendo o administrador sempre pautar sua conduta com vistas ao respeito e à realização destas indicações constitucionais. *Atos estritamente vinculados* seriam o que, além disso, a lei impõe um objeto específico e um motivo para agir, devendo o administrador, além de observar as indicações constitucionais, agir na forma da lei.

Essa reformulação na teoria da classificação dos atos administrativos, como atrás apresentamos, antecipou-nos Moreira Neto, ao afirmar que a discricionariedade é um poder da administração que implica num dever de integrar a norma abstrata, conforme o interesse público, e Mello, ao afirmar que discricionariedade é um dever que se utiliza de poderes como instrumental serviente ao cumprimento do dever de melhor satisfazer às necessidades da norma. Quando transportamos essa noção para o campo dos direitos fundamentais, o que se acrescenta é uma maior vinculação da atuação administrativa às indicações das prioridades constitucionais.

Esses entendimentos dão suporte a Freitas para afirmar que, na prática de qualquer ato administrativo, não há liberdade irrestrita posto a vinculação de todos os atos administrativos, tanto os tidos como *vinculados* como os tidos como *discricionários*, aos princípios constitucionais. Para o autor, a diferença entre os dois tipos de ato é sutil e situa-se

¹⁹⁹ Vinculado é ato em que a Administração Pública não tem poder de escolha, devendo agir da forma estabelecida em lei. Diante de determinados requisitos deve-se agir de determinada forma, gerando para o particular uma situação subjetiva de exigência. Discricionário é ato em que a lei atribui uma certa margem de liberdade de atuação do administrador, segundo critérios de oportunidade e conveniência. Ressalta-se que chamamos essa concepção de clássica, porque, durante muito tempo, serviu de base e continua a servir para a atuação da Administração Pública, até que esta assumiu um novo modo de ser, a partir da compreensão de sua vinculação aos direitos fundamentais. Sobre a nova perspectiva da Administração Pública, cf. OHLWEILER, Leonel. As Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito e a refuncionalização da Administração Pública Brasileira.

²⁰⁰ Como efeito da vinculação dos atos administrativos aos princípios constitucionais, Freitas vai formular uma classificação dos atos em: *atos administrativos vinculados propriamente ditos* (de mais intenso condicionamento requisitos previamente estabelecidos pelo ordenamento) e *atos administrativos de discricionariedade vinculada ao sistema* (de menor grau de vinculação legal); porém “ambos devendo obediência à totalidade dos princípios e normas.” FREITAS, Juarez. Estudos de Direito Administrativo. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 151, e Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. p. 32.

menos no grau de liberdade na apreciação das situações concretas para a prática do ato do que na intensidade da vinculação à determinação legal prévia, ou seja, na apreciação das situações concretas resta pouco da liberdade conferida pela norma abstratamente.

Os *atos discricionários*, ainda que em menor grau estejam vinculados a uma determinação legal prévia, estão vinculados aos princípios constitucionais, incluindo o direito fundamental à boa administração, “*os juízos de conveniência e de oportunidade encontram-se constitucionalmente limitados pelo direito fundamental à boa administração pública.*”²⁰¹ (grifos do autor), sendo a liberdade deferida apenas para que o bom administrador desempenhe de maneira exemplar suas atribuições. Dessa forma, o direito fundamental à boa administração pública coloca-se como limite constitucional à liberdade do administrador.

No entanto, Freitas ressalta que a discricionariedade vinculada aos princípios não acaba com os juízos de conveniência e de oportunidade ou que se decreta uma extrema e plena vinculação, mas que há uma porção de vinculação a acompanhar a discricionariedade, que legitima o ato e o retira do “espaço demasiado fluido das vontades meramente particulares, inconciliáveis com a índole democrática do Estado Constitucional.”²⁰² Dessa forma, não há extinção do juízo de merecimento do administrador, mas sua legitimação, segundo os mandames constitucionais.

O dever de pautar sua atuação pelos direitos fundamentais acaba, sim, com a idéia de discricionariedade na Administração Pública, tida como liberdade do administrador de agir, segundo sua livre avaliação de conveniência e oportunidade. É nessa perspectiva, como poder-dever (Moreira Neto) ou dever-poder (Mello) vinculado à finalidade normativa que ampara a legitimidade do ato, que compreendemos também a discricionariedade da Administração Pública quanto à materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

No dever de materializar os direitos fundamentais sociais prestacionais como contraponto a um direito subjetivo, está o administrador público tanto adstrito às normas fundamentais expressas, como vinculado aos fundamentos e objetivos da Constituição do Brasil, posto que a materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais é pressuposto necessário para a realização desses fundamentos e objetivos. Como os direitos

²⁰¹ FREITAS, Juarez. Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. p. 41 e 49. Para o autor, a boa administração pública é um “direito fundamental à administração pública eficiente, eficaz e proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.” (p. 20).

²⁰² Ibid., 49.

fundamentais sociais prestacionais possuem um objeto não especificamente definido pelas normas constitucionais, cumpre com o dever da boa administração na concretização dessas normas o exercício da discricionariedade em prol da realização dos fundamentos e objetivos da Constituição do Brasil.

Vinculada que está a Administração Pública à realização dos fundamentos e objetivos da Constituição do Brasil pela materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, a discricionariedade administrativa deve estar voltada à integração da norma com vistas à realização da diretiva constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, da CF). É legítimo o mérito se satisfaz ao mandamento constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Além do dever de satisfazer diretamente os mandamentos fundamentais, efetivando os direitos fundamentais sociais prestacionais (critério da constitucionalidade estrita), a Administração Pública deve atuar discricionariamente para possibilitar indiretamente a realização dos fundamentos e objetivos da Constituição do Brasil (critério da legitimidade), que se constitui na finalidade da efetivação daquelas normas. A realização das finalidades normativas sociais é um dever legal de atuação compromissária da Administração Pública frente à efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

Por essa compreensão de discricionariedade e mérito administrativo e de vinculatividade aos direitos fundamentais, não fica difícil responder a terceira pergunta objeto de nosso trabalho: qual a medida do controle que o poder Judiciário pode exercer sobre o poder Executivo no caso dos direitos fundamentais sociais prestacionais? O Judiciário pode rejeitar programas, no todo ou em parte, ou exigir a elaboração de programas de ação?

O controle de verificação da atuação discricionária deve ser amplo porque larga é a vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais, mas a sindicância deve recair apenas no que exorbita à discricionariedade administrativa. Se a discricionariedade é uma autorização da norma em aberto para que a Administração Pública a integre da melhor forma possível, não sendo possível fazê-lo por sua abstração, ela apresenta-se como um recurso para o bem da efetivação da norma fundamental abstrata: é um artifício da norma fundamental para que alcance sua melhor efetivação.²⁰³

²⁰³ Parafraseamos Moreira Neto: “é um artifício da legislação para que se alcance a boa administração.”

Por essa ótica, as escolhas administrativas que atendam de forma ótima aos direitos fundamentais sociais prestacionais (constitucionalidade direta - legalidade) e aos fundamentos e objetos da Constituição do Brasil (constitucionalidade indireta – legitimidade) são insindicáveis na esfera judicial, porém os seus limites devem ser apreciados pelo Judiciário. Mas, para saber dos limites - do uso regular ou irregular – da discricionariedade, é preciso se fazer uma verificação, a partir dos argumentos que se apresentam em cada caso. Afinal, somente após um processo cognitivo dos fatos e fundamentos que se apresentam, é possível se dizer o que está dentro e o que fora da discricionariedade; o que extrapolou seus limites, ou seja, o que é mérito e o que é demérito.

Esse controle, embora imediatamente aparente uma negação da discricionariedade, não é senão um meio de assegurar a postura administrativa discricionária, pois tem como resultado afirmar, e não negar, a ação discricionária. Nesse sentido, bem afirma Moreira Neto:

O controle dos limites, aqui preconizado, não é, portanto, a negação da discricionariedade nem, tampouco, a substituição do administrador pelo juiz, se não que, ao contrário, é seu reforço, pela precisão, com que beneficia o instituto e o sistema, e pela segurança com que brinda ao administrado, em última análise, origem e destinatário da ordem jurídica.²⁰⁴ (grifos do autor)

Sendo a discricionariedade um poder vinculado ao dever de melhor satisfazer as finalidades das normas abertas no que elas não definiram precisamente quanto ao conteúdo do motivo e do objeto do ato, no caso dos direitos fundamentais sociais prestacionais, só não é sindicável o mérito - a eleição da oportunidade e conveniência referente aos elementos objeto e motivo - que se conforma à finalidade dessas normas, as quais, como já abordamos, possuem como núcleo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com condições dignas de vida aos cidadãos. Já o que transborda ao mérito, o demérito, está sujeito a apreciação e invalidação.

É necessário ressaltar, a fim de se evitarem incompreensões, que a abertura estrutural das normas fundamentais sociais prestacionais a exigir definição mais precisa de seu conteúdo em processo de efetivação pela atuação discricionária administrativa não significa que a Administração Pública disponha do objeto desses direitos, posto que os mesmos, pelos mandamentos constitucionais, já o possuem, embora não de modo bem definido. A

²⁰⁴ MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. p. 19.

discrecionalidade administrativa vai atuar na delimitação de seu conteúdo segundo escolhas oportunas e convenientes, vinculadas sempre às finalidades das normas.

A atuação da Administração Pública deve ser controlada no sentido de se verificar se sua ação cumpriu diretamente os mandamentos fundamentais e se, indiretamente, sua ação atinge os objetivos fundamentais contidos, explícita ou implicitamente, nas normas, pois o objetivo da constitucionalização dos direitos fundamentais sociais prestacionais e sua inserção no catálogo dos direitos fundamentais foi retirar do âmbito da “discrecionalidade” dos poderes públicos, se entendida esta como poder de livremente agir na escolha de opções oportunas e convenientes, a concessão desses direitos, vinculando a Administração Pública à sua melhor efetivação.²⁰⁵

A medida do controle judicial de verificação importa no tamanho da vinculação. Se a Administração Pública está vinculada aos direitos fundamentais sociais prestacionais, diretamente pelas normas inseridas na CF e indiretamente pela finalidade que essas normas portam, temos que o controle de verificação é total, mas a sindicância dos pressupostos da conveniência e oportunidade (mérito) vai depender do resultado dessa verificação. Se há um “vício de mérito”²⁰⁶, o controle pode ser total, atingindo integralmente o programa de ação, o que resulta na rejeição dos programas de ação que não concretizem os direitos fundamentais sociais prestacionais e/ou que sejam incompatíveis com os fundamentos e objetivos constitucionais e sua substituição nos casos possíveis.²⁰⁷

Porém, nunca é demais esclarecer, o controle de verificação não é um controle do mérito administrativo, se não de seus limites, que consistem na sua conformidade com os mandamentos fundamentais e suas finalidades. É no que extrapola o poder regular da

²⁰⁵ Ainda vislumbramos uma possibilidade de que, apesar da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, no caso especialmente dos direitos fundamentais sociais prestacionais, possa existir uma situação em que duas ou mais soluções satisfaçam igualmente a concretização de um direito fundamental prestacional: somente nesse caso haveria discrecionalidade administrativa, no sentido de poder livre de escolher entre alternativas dadas.

²⁰⁶ A doutrina italiana chama “vício de mérito, porém, segundo Moreira Neto, “ a valoração incorreta e a escolha desacertada não são irregularidades de mérito, mas vício de finalidade”, posto que o mérito é o exercício regular da discrecionalidade, não há, portanto, vício de mérito e sim de finalidade. Quando não se atende à finalidade da norma, exorbita-se ao mérito e desfigura-se a discrecionalidade. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discrecionalidade: novas reflexões sobre os limites e controle da discrecionalidade. p. 34/35. Para Mello, há desvio de poder. Se a discrecionalidade é uma competência para cumprir finalidades normativas, desvia-se do poder quem se utiliza de sua competência para obter fim alheio ao interesse público ou quem a utiliza para fim diverso, embora buscando fim público, do que a que autoriza a competência. MELLO, Discrecionalidade e Controle Jurisdicional. p. 58/59.

²⁰⁷ Abramovich e Courtis colocam que o Judiciário não tem a tarefa de fazer políticas públicas, mas, “para completar la sentencia que declare violado un derecho económico, social o cultural por omisión del Estado, la constatación de la conducta incumplida debe ser seguida por la manifestación circunstanciada de qué conducta o conductas debe realizar el Estado para garantizar o satisfacer el derecho violado”. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. p. 136.

discricionariedade e seu resultado, ou seja, o mérito, que o Poder judiciário pode intervir, ou seja, no demérito, invalidando o programa de ação e substituindo-o, nos casos possíveis.

3.1.1 A discricionariedade e as omissões administrativas na realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais

A questão da discricionariedade supramencionada está mais para o campo das ações do que das omissões administrativas. No entanto, na transmutação do Estado liberal para o Estado social, tendo como consequência a multiplicação das prestações de serviços públicos, como Tácito nos coloca, tornou-se mais grave, para um grande número de indivíduos, a omissão dos poderes públicos na prestação dos serviços públicos do que sua ação ilícita²⁰⁸, ou melhor, tornou-se por se configurar mais ilicitude administrativa a omissão na prestação dos serviços públicos do que sua incorreta ação.

Posto que os direitos fundamentais sociais prestacionais exigem um fazer da Administração Pública no cumprimento de seu dever de materialização destes direitos e, sabendo-se que esse fazer está vinculado às normas expressas na CF e às suas finalidades, pergunta-se, então: e quanto às omissões administrativas, há discricionariedade para não agir, entendida esta como poder livre de fazer escolhas oportunas e convenientes? Há liberdade no juízo de oportunidade e conveniência para não agir? Qual o controle que o Judiciário pode exercer sobre a Administração Pública quando omissa em seu dever de materialização dos direitos fundamentais sociais?

Na linha do que viemos afirmando, de que a discricionariedade é uma autorização da norma para sua melhor integração pela Administração Pública, segundo critérios de oportunidade e conveniência vinculados à sua finalidade, que, no caso dos direitos fundamentais sociais prestacionais, são os fundamentos e objetivos da Constituição do Brasil, e de que a Administração Pública está obrigada como primeiro Poder a materializar esses direitos a partir dos mandamentos expressos na CF, a Administração Pública não possui nenhum poder “discricionário” para não agir. Ao contrário, ela possui a discricionariedade como dever de agir e de agir da melhor forma possível.

Na seara das omissões administrativas, o Poder Judiciário possui um amplo poder de controle, podendo exigir, por provocação dos sujeitos de direito, a elaboração de programas de ação que atendem à realização boa dos direitos fundamentais sociais prestacionais. O Poder Judiciário pode declarar a Administração Pública em falta constitucional e exigir o

²⁰⁸ TÁCITO, Caio. A Constituição e o Direito Administrativo. p. 56.

exercício da discricionariedade, entendida como poder-dever (Moreira Neto) ou dever-poder (Mello) de agir, segundo os mandamentos fundamentais constantes da CF e suas finalidades.

Não há discricionariedade para não agir. A não ação discricionária resulta em omissão inconstitucional, tendo o Judiciário, como um dos poderes vinculados à efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais, obrigação de agir. Se a Administração Pública tem o dever de materializar os direitos fundamentais sociais prestacionais porque os indivíduos têm direito às prestações, o Judiciário também tem o dever, como poder público, de agir na concessão desses direitos quando omissivos os outros poderes.

Sabendo já que a discricionariedade administrativa é um meio para que se alcance a boa administração, com referência ao dever de materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, coloca-se o problema de saber se, diante da falta de recursos financeiros para atender às prestações fundamentais, o administrador teria a discricionariedade para decidir sobre qual prioridade atender; se há liberdade nos juízos de oportunidade e de conveniência para concretizar um direito fundamental em vez de outro; se, diante da equação *direitos fundamentais sociais prestacionais x reserva do possível*, o administrador possui liberdade para decidir entre as alternativas possíveis.

Exemplificando a situação acima, se é plausível deixar à livre decisão do administrador público escolher entre construir uma praça numa pequena cidade do interior do Piauí, com pouco acesso da população ao lazer, concretizando, dessa forma, o direito fundamental ao lazer, ou de destinar a verba para implementação de programas de moradias para a população carente da cidade, concretizando o direito fundamental à moradia. Nesse contexto, se escolhe concretizar o primeiro direito fundamental, afeta o segundo e vice-versa. E como, em casos como esses, poderia o administrador exercer a discricionariedade?

O problema acima colocado pode ser uma trama para afastar a idéia de discricionariedade como poder-dever ou dever-poder vinculado, cujo exercício exorbitante enseja controle judicial, pois envolve a questão delicada de saber a qual poder público pertence a competência para fazer as escolhas sobre a realização constitucional, diante da escassez de recursos. O problema não é de fácil solução, mas também não encerra uma impossibilidade. Como detentora da discricionariedade como dever e meio de atingir a boa medida de realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, à Administração Pública cabe a escolha, mas sua decisão não está isenta do controle de verificação quanto à conformação aos fundamentos e objetivos da Constituição e, se a escolha administrativa não atender às finalidades normativas de forma boa, cabe a ingerência judicial.

Ademais, como já nos posicionamos, a falta de recursos financeiros não é uma impossibilidade para a existência do direito, se não que uma impossibilidade de cumprimento do direito pelo agente obrigado. Quando o agente público, diante da falta financeira, opta pela realização de um direito em detrimento de outro, deve ponderar a importância da realização de um frente à negação do outro. Nesse processo, ocorre o exercício da discricionariedade (meio para se atingir a boa administração) se, diante das possibilidades realmente limitadas, a decisão sacrifica, na menor proporção possível, um direito em proveito de outro (proporcionalidade), após uma avaliação do peso de cada direito no caso concreto.

Num país como Brasil, de baixo desenvolvimento econômico e social, os direitos sociais encontram limites de efetivação na disponibilidade de recursos, mas a alocação dos recursos disponíveis deve atender à vinculatividade da Administração Pública aos direitos fundamentais, podendo haver verificação judicial no sentido de se saber se os recursos disponíveis foram prioritariamente alocados com vistas à resolução das questões fundamentais mais urgentes.

Esse controle não transporta do Poder Executivo para o Poder Judiciário a competência para formular e implementar programas de ação materializadores dos direitos fundamentais sociais prestacionais, pois ao Judiciário cabe apenas cotejar o comportamento omissivo ou insuficiente daquele Poder com a obrigação de realização dos direitos fundamentais, e não agir em sua substituição. O Judiciário age na tentativa de tornar operativo o Executivo, objetivando suprir as omissões com o exercício *discionário* da Administração Pública.

3.1.2 Discricionariedade administrativa na materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais e separação dos poderes

A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais e o dever direto do poder Executivo de materialização dos fundamentais sociais prestacionais exige um reposicionamento das funções dos poderes estatais, assumindo o Poder Judiciário a tarefa de controlar o comportamento ou a inércia na realização desses direitos. Essa tarefa nos passa a idéia de uma sobrecarga ao Poder Judiciário, já que a este fica o encargo de dizer, no final, sobre a realização das prioridades constitucionais.

Essa aparente sobrecarga, que assume o Poder Judiciário, e o receio de que se transforme em um super-poder a desafiar a independência dos outros, afetando o princípio da separação dos poderes, levam a uma resistência quanto à atuação do Judiciário na efetivação

dos direitos fundamentais sociais prestacionais, sendo este Poder acusado de substituir o Executivo em seus atos, por sua atuação resultar em estreitamente da “discricionariedade” administrativa e, em alguns casos, na própria supressão.

Entretanto, o exercício do Judiciário é um exercício de controlabilidade e não de substituição; é um exercício para a contribuição na efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais, e não de implementação, propriamente, de programas de ação materializadores de prestações sociais, e que se baseia em procedimentos que permitem uma discussão da decisão, tal qual a proporcionalidade e a razoabilidade, de que, a seguir, trataremos com mais vagar.

Por isso, para se admitir o controle geral de verificação dos atos administrativos e a sindicância no exercício exorbitante da discricionariedade, é de todo importante desvelar o mito da estanque separação dos poderes, que funciona como uma parede de resistência ao controle judicial do chamado *mérito administrativo*.²⁰⁹ Como leciona Krell, o dogma da separação dos poderes necessita de uma releitura para servir à garantia dos direitos fundamentais contra o arbítrio e a omissão estatal, principalmente com “relação ao controle dos gastos públicos e prestações de serviços, uma vez que os poderes Legislativo e Executivo se mostram incapazes de cumprir os preceitos constitucionais.”²¹⁰

Krell arma sua defesa no entendimento de que o sentido promocional prospectivo dos direitos fundamentais sociais prestacionais altera a função do Poder Judiciário, que não mais se restringe a dizer o que é certo ou errado, mas assume também a incumbência de examinar se o exercício “discricionário” dos poderes públicos atende às finalidades da concretização dos direitos fundamentais, ou seja, se a Administração Pública age no exercício regular da discricionariedade. Para tanto, entende o autor, o exame do próprio orçamento público pode ser levado ao Judiciário, através de Ação Direta de Inconstitucionalidade, e, em se constatando que não atende as prioridades constitucionais, deve ser corrigido.

As questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais, como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao Governo e à Administração, mas tem o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais;

²⁰⁹ O destaque é uma forma de chamar a atenção para a inexistência de um “mérito” como um campo administrativo impenetrável pelo poder Judiciário. Como já adiantamos, o mérito - valoração da oportunidade e conveniência para a prática do ato - é insindicável como resultado do exercício regular da discricionariedade, mas, para saber o que é mérito e o que é demérito é necessário o controle de verificação.

²¹⁰ KRELL, Andréas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa. p. 241.

a sua não observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.²¹¹

O princípio da separação dos poderes não pode funcionar como uma barreira intransponível a proteger omissões administrativas impeditivas da realização das prioridades fundamentais no campo prestacional, sob a defesa de uma “reserva de administração”. Segundo Moraes, os princípios da separação dos poderes e da tutela jurisdicional são perfeitamente compatíveis e, apesar de advogar a existência de uma área de atuação exclusiva de cada poder - de livre decisão -, a atividade “discricionária” pode ser controlada se resultar em lesão ou ameaça a direito,²¹² ou seja, se seu uso for irregular.

Essa lesão ou ameaça a direito ocorre, segundo nosso entendimento, tanto quando as ações administrativas não correspondem às expectativas constitucionais (desvio discricionário por ação), como quando as omissões impedem a realização de suas prioridades (desvio discricionário por omissão). Nos dois casos, a Administração Pública não cumpre com seu dever de discricionariedade: no primeiro caso, sua ação é desconforme às finalidades da norma que visa efetivar; no segundo, sua omissão é desconforme antes que às finalidades da norma, mas ao próprio mandamento fundamental expresso.

O controle das ações desconformes, insuficientes, bem como das omissões deve ser exercido pelo Poder Judiciário, não porque este é o melhor dos poderes, mas porque é o Poder eleito pelo Constituinte para a guarda da Constituição e porque os direitos fundamentais, todos eles, carecem de concretização, sendo que nenhum dos poderes públicos, nem mesmo o Judiciário, pode ficar inerte ao dever de concretização da Constituição.

O princípio da separação dos poderes não resulta abalado, uma vez que, agindo o Poder Judiciário no controle da ação ou inação da Administração Pública, está somente exercendo sua competência de resguardar a ordem constitucional estabelecida. A falta do Poder Judiciário, quando chamado a agir no controle do Poder Executivo em ações desconformes, insuficientes e omissões, sim, abalaria todo o sistema constitucional, pois possibilitaria a um dos poderes estatais agir fora do âmbito constitucional, e isso, sem dúvida, desequilibraria os poderes, afetando frontalmente o princípio da separação dos poderes.

Negar o controle judicial dos atos e omissões administrativos no que respeita à realização dos direitos fundamentais, em especial, à dos fundamentais sociais prestacionais, é negar o Estado de Direito, deixando sem resposta a seguinte questão: o que fazer no caso de

²¹¹ KRELL, Andréas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa. p.253.

²¹² MORAES, Germana Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999. p 105.

atuação desconforme, insuficiente ou de não atuação arbitrária dos poderes politicamente conformadores?²¹³ Se não há recursos jurídicos, ficando os indivíduos à mercê de se organizarem politicamente para a defesa dos direitos fundamentais sociais prestacionais, então é questionável sua inserção na Carta Constitucional.

3.1.3 O Supremo Tribunal Constitucional e o controle da discricionariedade administrativa na materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais

O Supremo Tribunal Federal – STF - vem adotando uma postura de reafirmar a vinculação da Administração Pública às normas de direito fundamentais sociais prestacionais e às normas que definem diretrizes e programas de ação para o Estado (normas programáticas), estreitando a “discricionariedade administrativa”, como poder de livre atuação, assumindo o controle judicial de constitucionalidade nesta área de atuação do Poder Executivo. Essa posição do STF está consubstanciada em alguns de seus julgados no que se refere aos direitos fundamentais sociais prestacionais.

O Supremo entende que o Poder Executivo está vinculado em suas ações à realização prioritária dos direitos fundamentais, devendo observar tal vinculação ainda quando da elaboração do orçamento público. O dever de realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, segundo se percebe pelas decisões do STF, não atribui à Administração Pública nenhuma disposição “discricionária”²¹⁴ quanto a atendê-los, podendo, nessa seara, o Executivo ser controlado judicialmente em seus atos.

Em julgamento de Agravado Regimental em Recurso Extraordinário, sobre a obrigação do município em prestar atendimento em creches e pré-escola a crianças de até seis anos de idade, improvido a Agravo por unanimidade, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, entendeu o STF que:

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a

²¹³ A pergunta é formulada a partir da indagação de Cristina Queiroz sobre a postura do Poder Judiciário quanto à concessão de direitos sociais diretamente a partir das normas insertas na Constituição Portuguesa. “Mas o que fazer no caso de não-atuação – ou de atuação “arbitrária”, isto é, “não-racional” – do legislador ou dos poderes politicamente conformadores?” QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais: questões interpretativas e limites de justicialidade. p. 193. Ressalva-se que a Constituição Portuguesa possui um regime diferenciado quanto à aplicabilidade das normas de direitos sociais fundamentais e as liberdades públicas, estas últimas contam com norma expressa de aplicabilidade direta.

²¹⁴ O grifo tem o objetivo de destacar a palavra quando usada no sentido de poder de livre decisão, já que assentamos nossa idéia, neste trabalho, de que a discricionariedade é um poder-dever vinculado às finalidades da norma legal/constitucional. O exercício da discricionariedade é sempre um exercício para o bem concretizar a norma; no que a ela exorbita é que é passível de controle.

avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Na mesma decisão, o STF deixa claro que, como integrante do Poder Público, tem competência pra fazer ingerências na atuação da administração, quando houver omissão ou ação insuficiente que comprometa o fornecimento das prestações sociais objeto dos direitos fundamentais sociais prestacionais:

Embora resida, primariamente, nos poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.²¹⁵

Outra decisão que explicita a posição do STF quanto à possibilidade de controle judicial sobre a Administração Pública, por sua vinculação aos direitos fundamentais sociais prestacionais e seu dever de materializá-los, temos no julgamento da Arguição de Preceito Fundamental - ADPF - nº 45, contra veto presidencial ao § 2º do art. 59, da proposição legislativa que se converteu em lei 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentária). Segue, na íntegra, o texto do referido parágrafo vetado:

§ 2º - Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

²¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 410715, Rel. Min. Celso Melo. O mesmo argumento é repetido em decisões tomadas no mesmo sentido: RE: 472707, Rel. Celso Melo <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 11.01.2008

Os argumentos de defesa do autor da ação foram de que o veto presidencial ao § 2º implicava em desrespeito ao preceito fundamental contido na Emenda Constitucional - EC - 29/200, que garante recursos mínimos para ações e serviços de saúde pública. Em seu relatório para votação, o Ministro Relator Celso de Melo propugna pela pertinência da arguição de preceito fundamental, com fundamentos de que o Poder Executivo está vinculado, em suas ações, aos direitos fundamentais sociais prestacionais, não lhe cabendo, agir “discricionariamente” contra tais direitos, podendo a exorbitância à discricionariedade ser controlada pelo Poder Judiciário. É o que se deduz a partir da leitura do relatório do ministro, que abaixo se transcreve em trechos:

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:

[...]

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 [...] pois, nesse domínio, o encargo reside primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

[...]

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência.

[...]

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do poder Executivo.²¹⁶

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADF n. 45, MC/DF, Rel. Min Celso Melo. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 11.01.2008.

A ADPF n. 45 foi julgada prejudicada porque na data de seu julgamento, o Presidente da República já havia mandado ao Congresso Nacional projeto de lei, depois transformado na Lei nº 10.777.2003, restaurando o § 2º em sua integralidade. O fato nos impede de dar uma idéia geral de qual teria sido a posição do Supremo nessa seara, mas, a partir da posição do Ministro Relator, Celso de Melo, vislumbra-se que nosso Supremo Tribunal já alerta para a vinculação do Poder Executivo e de toda Administração Pública, em seus atos, aos direitos fundamentais e de que a discricionariedade administrativa é um exercício vinculado ao bem da realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

3.1.4 Proporcionalidade e razoabilidade como juízos de controle da discricionariedade administrativa na materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais

Sob a ótica de um ordenamento constitucional aberto de normas (regras e princípios), cuja norma é o resultado de uma interpretação ponderativa do enunciado e seu contexto, princípios como a proporcionalidade e a razoabilidade podem servir como instrumental tanto para o administrador decidir, como para o Judiciário verificar se a decisão tomada é a melhor possível naquele caso, e ainda se a decisão atende da melhor forma possível os direitos fundamentais sociais prestacionais como direitos subjetivos.

A proporcionalidade surge inicialmente como técnica de controle e limitação ao poder de polícia da Administração Pública (séc. XIX), estendendo-se do Direito Administrativo para o Constitucional, onde passa a ser utilizado como técnica de controle dos limites dos direitos fundamentais, na colisão de princípios, vinculando todos os poderes públicos.

De técnica, a doutrina e a jurisprudência constitucionais passam a adotá-lo como princípio,²¹⁷ utilizado para balizar as decisões que envolvem colisão de direitos e de direitos e bens. De volta ao Direito Administrativo em conexão com o Constitucional - porque as ações públicas devem se voltar à realização dos direitos fundamentais com a menor intervenção possível nas liberdades individuais - o critério da proporcionalidade é utilizado para avaliar a

²¹⁷ Vamos deixar à parte a discussão sobre se a proporcionalidade é uma técnica ou encerra um princípio. Ávila, por exemplo, entende-o como postulado, juntamente com os critérios de razoabilidade e de controle de excessividade: são metanormas, de segundo grau, que estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas; modos de raciocínio e de argumentação relativamente às regras e princípios, podendo só elipticamente ser violadas. ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. ver. e amp. Malheiros Editores: São Paulo, 2006. p. 122. Para Guerra Filho, a proporcionalidade é um princípio de garantia fundamental; direito fundamental com uma dimensão processual, para tutela de outros direitos e garantias fundamentais. GUERRA FILHO. Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org). Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 267.

correspondência dos atos administrativos com as prioridades constitucionais. As decisões administrativas devem atender ao princípio da proporcionalidade.

No caso dos direitos fundamentais sociais prestacionais, a proporcionalidade é um procedimento de que o administrador público deve valer para escolher e decidir sobre o programa de ação que melhor oportunize a realização desses direitos, com o menor efeito possível de impacto financeiro e em outros direitos e/ou bens, ou seja, que realize os direitos fundamentais sociais prestacionais da forma mais adequada, necessária e menos gravosa ao erário público e a outros direitos e bens.

Inicialmente, o critério da proporcionalidade identificava-se apenas com a proibição de excesso, sendo utilizado como instrumento para controlar os excessos administrativos, mas, com a dimensão também prestacional dos direitos fundamentais, a proporcionalidade ganha novo sentido contra a ação insuficiente ou mesmo contra a omissão dos poderes estatais. “Antes se falava apenas em **Übermaßverbot**, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo, fala-se também em **Untermaßverbot**, que poderia ser traduzido por proibição de insuficiência.”²¹⁸ Essa dimensão está mais ligada à proibição de omissões na realização dos direitos sociais fundamentais. Nenhuma ação da Administração Pública pode conter excessos, mas também deve ser suficiente a garantir o direito a se realizar.

Ação adequada e necessária, bem como proporção entre custo e resultado são as chaves para se avaliar se uma medida pública atende às prioridades constitucionais ou não. O princípio da proporcionalidade pressupõe uma relação meio-fim, em que o fim é o objeto perseguido pela ação, e o meio, a decisão normativa administrativa, legislativa ou judicial. O fim imediato dos direitos fundamentais sociais prestacionais é o fornecimento de prestações sociais que melhorem as condições materiais de existência, o que vai implicar em limitação a outros direitos e/ou bens em alguns casos, e o meio é o programa de ação que possibilita o fornecimento das prestações.

Essa relação de meio e fim deve ser alcançada pelo: a) princípio da adequação – verifica-se se a medida aplicada é apropriada para atingir ou promover o fim perseguido, ou seja, se alcança o fim pretendido; b) princípio da necessidade - necessidade do meio utilizado para se alcançar o fim almejado, de verificar se a medida adotada é a menos prejudicial, entre outras, para realizar o direito fundamental, implicando numa comparação com outras alternativas e c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito - é a justa medida,

²¹⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais, ano 91, v. 798, p. 22-48, 2002, em comentário aos termos utilizados pelo Tribunal Constitucional Alemão. p. 05.

importando na ponderação de bens propriamente dita, que consiste em se avaliarem as vantagens e as desvantagens da medida e se as vantagens superam as desvantagens.

A ponderação deriva da condição de direitos fundamentais como mandamentos de otimização, consistindo em uma decisão, no caso concreto, de preferência entre direitos ou direitos e bens. Do processo ponderativo, deve resultar a escolha da medida menos restritiva a outros direito e bens e que, em contrapartida, realize o máximo do direito fundamental que objetiva realizar.

Adotar o princípio da proporcionalidade na realização de programas de ação para a materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais implica em considerar se o programa de ação oportuniza a materialização do direito e possibilita promover ou alcançar o resultado perseguido; se o programa é necessário para materializar aquele direito e se os resultados a serem alcançados redundam num menor custo entre as escolhas possíveis, devendo-se escolher o menos gravoso ao erário, o que menos afete outros direitos e bens, realizando, por outro lado, da melhor forma possível o direito - proibição de insuficiência.

Por exemplo, num programa de financiamento de casas populares para a população de baixa renda como forma de materializar o direito à moradia, cabe verificar se tal programa realmente é indicado a atingir os resultados pretendidos, qual seja o de possibilitar o acesso à moradia a quem tem renda baixa: se o valor limite do financiamento é suficiente para a compra da casa, se o valor da prestação é compatível com o nível de renda do adquirente, entre outros. Ainda é preciso verificar se o programa de financiamento é realmente necessário para cumprir o dever constitucional de moradia para todos, ou seja, se há necessidade mesmo desse programa, pois pode haver circunstância de não ser necessário o governo subsidiar o acesso à moradia, porque a população tem meios próprios de fazê-lo (claro que este não é o caso do Brasil), ou que exista outra forma mais eficaz de promover o acesso à moradia que não seja por financiamento. Também é importante observar se o programa de financiamento traz um menor custo ao erário, frente a outras possibilidades, como a construção de casas em parcerias privadas ou com os sujeitos de direitos, e se o programa de financiamento afeta outros direitos e/ou bens fundamentais, mas as vantagens advindas para o direito à moradia seriam maiores que as desvantagens trazidas para outros direitos e/ou bens, também fundamentais, afetados.

Pressupostos de fato, liberdade de escolha e de decisão são palavras indispensáveis na conceituação da discricionariedade administrativa, porém os parâmetros da medida do ato administrativo pela proporcionalidade passaram a limitar a liberdade de escolha no momento em que se exige do administrador que escolha entre as opções existentes e aptas a alcançarem

os objetivos do ato, a efetivamente necessária, que seja a mais adequada e a menos onerosa ao erário ou danosa aos princípios fundamentais envolvidos na decisão. O critério da proporcionalidade fecha o leque de possibilidades de decisão do administrador, mas o leva ao exercício regular da discricionariedade, pois por ele se mede a discricionariedade como meio para atingir a boa administração.

Se a Administração Pública está vinculada às exigências da materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, o administrador deve conferir a máxima efetividade a esses direitos, sob pena de controle de seus atos pelo Judiciário, que pode avaliar se estão conforme e se o estão na melhor forma, ou seja, se realmente são necessários, adequados e bem ponderados, restando poucas possibilidades de existirem várias decisões igualmente aptas a materializar os direitos da forma boa, em que o administrador pudesse livremente optar.

Observa-se que o critério da proporcionalidade, como medida para ação em excesso ou insuficiente, tem afunilado o leque de opções, antes disponível à Administração Pública. À luz do princípio da proporcionalidade, no caso concreto, é quase zero a possibilidade de o administrador ter duas opções de decisão igualmente aceitas pelo Direito, compatíveis com os princípios constitucionais, e que não ofendam, em iguais proporções, os direitos e garantias fundamentais, além de satisfazerem ao máximo o direito que pretende realizar.

Em princípio, o administrador tem discricionariedade para decidir sobre quais programas de ação realizam melhor os direitos fundamentais sociais prestacionais, conforme sua avaliação de oportunidade e conveniência, entretanto, o administrador só terá liberdade de escolha e decisão sobre qual programa de ação a materializar os direitos fundamentais sociais prestacionais, ficando imune ao controle judicial de seus atos, se, e somente se, ocorrer o caso de existir mais de uma opção que seja igualmente necessária, adequada e menos gravosa ao erário e as expectativas constitucionais. À falta delas, ao administrador não resta possibilidades de escolha, devendo decidir pelo programa de ação que passa pelo crivo da proporcionalidade.

Pelo princípio da proporcionalidade, entendemos que o controle pode ser levado às últimas conseqüências, ou seja, verificando que a decisão administrativa não realiza, de forma boa, o direito frente às condições jurídicas e fáticas, pode haver invalidação do programa de ação e sua substituição, nos casos possíveis, pelo Judiciário. Não se afirma assim que o Judiciário vá implementar programas de ação, mas que deva agir – através do poder de ação do titular – em caso de não observância do dever constitucional pela Administração Pública.

Outro princípio orientador no controle de constitucionalidade dos atos administrativos a mexer com a “discricionariedade” do administrador público é o da razoabilidade.²¹⁹ Por esse princípio, o Judiciário pode verificar se o administrador, ao agir, levou em conta elementos que não escapem ao sensato, que não tomou providências absurdas ou ilógicas, pois, como nos coloca Mello, “a norma de Direito não pode pretender disparates”²²⁰, e, se o administrador age em satisfação à norma, sua decisão deve ser razoável

Melhor falar em desarrazoabilidade para nos situarmos quanto à noção de razoabilidade. Por desarrazoáveis compreendem-se aquelas decisões que nenhuma autoridade razoável poderia tomar, pois fogem ao sensato, são disparatadas e absurdas. Razoável é o que escapa aos absurdos e não escapa ao direito. Uma decisão é razoável, segundo Atienza, quando se a toma em situações em que não se poderia ou não seria aceitável adotar uma decisão estritamente racional, quando ela está num patamar de equilíbrio entre as distintas exigências que se formulam - quanto mais se aproxima do patamar ótimo, mais razoável é a decisão - e quando obtém um máximo de consenso.²²¹

Para Atienza, a necessidade da razoabilidade como critério para aferição da melhor decisão é uma necessidade que se coloca a partir de um sistema jurídico permeado por normas-princípio que expressam valores, pondo-se em constante confronto, o qual deve ser solucionado por critérios que vão além da exigência de uma fundamentação apenas racional. A razoabilidade é, então, “un criterio o un esquema de criterio, que permite justificar que una determinada interpretación o decisión és prefible (esta más justificada) que otra.”²²²

Ávila nos dá uma noção mais compreensiva do que seja o critério da razoabilidade, ao analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, apresentando as diferenças entre controle de “proporcionalidade”, de “razoabilidade” e de “excessividade”. O autor aponta, entre as exigências para o cumprimento do chamado princípio da razoabilidade - ele reconhece como postulado de aplicação de outras normas -, a relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.²²³ “Qualquer ato proveniente do Poder

²¹⁹ Alguns autores, ao se referirem à razoabilidade, mencionam a proporcionalidade. Até mesmo o STF utiliza os termos da proporcionalidade, chamando-a de razoabilidade. Porém, fazemos uma advertência de que os critérios não são a mesma coisa. Ver melhor em: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais, ano 91, v. 798, p. 22-48, 2002. p 06.

²²⁰ MELLO, Discricionariedade e Controle Jurisdicional. p. 92.

²²¹ ATIENZA, Manuel. Sobre lo razonable en el Derecho. Revista Española de Derecho Constitucional, ano 9, n° 27, sep/dic, 1989. p. 109.

²²² Ibid., p. 108/109.

²²³ O autor aponta outras exigências que o STF atribui para o exame da razoabilidade: a) harmonização da norma geral com os casos individuais; b) harmonização das normas com as suas condições externas de aplicação; c) uma relação de congruência lógica: consistência interna entre as normas jurídicas e consistência externa da norma com circunstâncias necessárias a sua aplicação. Cf. ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade

Executivo ou do Poder Legislativo que não leve em consideração a relação entre a medida adotada e o critério que a dimensiona viola o postulado da razoabilidade por desrespeitar os princípios do Estado de direito e do devido processo legal.”²²⁴

Para exemplificar essa equivalência, o autor cita o exemplo de uma decisão do STF que considerou desarrazoável a criação de taxa judiciária com percentual fixo, por não equivalência entre o valor da taxa e o custo real do serviço. Essa relação de equivalência não deixa de ser uma relação de proporção, mas trata-se de uma relação de proporção equivalente (direta) entre o ato (medida adotada) e o critério de valoração de seu motivo (causa do ato), que evita atos desproporcionais a seu motivo, e não desproporcionais em relação a outros bens e direitos que são atingidos pela decisão, ou seja, o ato administrativo (medida adotada) deve ter uma relação diretamente proporcional à causa do ato.

O desproporcional aqui não é no sentido de inadequado, desnecessário, ou desproporcional propriamente dito entre meio e fim, com referências a outros direitos e bens, numa pesagem de vantagens e desvantagens para normas em confronto entre si (critério da proporcionalidade), nem entre o tamanho da medida adotada e a invasão ao núcleo de um direito fundamental (critério de controle da excessividade), mas é no sentido de não ter a medida adotada equivalência com referência ao motivo que lhe deu causa.

Em outro exemplo, Ávila cita o caso em que o Supremo julgou Recurso Extraordinário sobre imposição de multa moratória pelo executivo fiscal no percentual de 100% sobre o valor do principal. Decidiu o STF que o percentual de 100% assume caráter confiscatório (controle de excessividade), no que a reduziu o STF a 30% sobre o valor do principal, considerando este último um percentual razoável (controle de razoabilidade), porque equivalente à sua causa - atraso no pagamento do imposto. “No exame de razoabilidade-equivalência analisa-se justamente a relação entre o montante da multa e a falta cometida”, é uma “relação entre a punição e a gravidade da conduta punida.”²²⁵

Dentro da noção de razoabilidade, os atos administrativos, entre eles, os programas de ação materializadores dos direitos fundamentais sociais prestacionais, não podem beirar ao absurdo, devendo se manterem dentro do que é razoável, sob pena de apreciação e invalidação pelo poder Judiciário, que pode se utilizar do princípio da razoabilidade para controlar a atuação administrativa, mantendo-a dentro das expectativas de realização dos preceitos fundamentais.

dos controles de Razoabilidade, de Proporcionalidade e de Excessividade das leis. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 236, p 369-384, 2004. p. 371.

²²⁴ Ibid., p. 371.

²²⁵ Ibid., p. 378.

Se um programa de ação (ato administrativo), por exemplo, visa à construção de moradias para famílias sem renda (a causa do ato é a existência de famílias sem renda e a norma constitucional que estipula a moradia como um direito fundamental), não seria razoável a construção de um galpão, sem divisões, que não trouxesse privacidade às famílias. A medida administrativa poderia passar até pelo teste da proporcionalidade (meio adequado para promover o fim - a concessão da moradia, necessário - pelo menor custo em relação a outros meios - e proporcionalmente menos gravoso ao erário público, que pode disponibilizar verbas públicas para atendimento de outros direitos fundamentais), mas não passa no teste da razoabilidade, porque a medida (construção de um galpão) não é equivalente à causa (moradias para famílias). O critério “famílias sem renda e que necessitam de moradia” foi subdimensionado, pois estas exigem mais que um lugar para morar, exigindo um lugar para morar com privacidade.

Mas para situar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como técnicas limitativas das opções de escolhas discricionárias pela Administração Pública, no que respeita aos direitos fundamentais sociais prestacionais, é imprescindível admitir a vinculação dos poderes públicos a esses preceitos fundamentais como direitos subjetivos positivos diretos. A proporcionalidade e a razoabilidade são meios de que o Poder Judiciário se utiliza para avaliar a medida possível da concessão dos direitos subjetivos fundamentais sociais prestacionais, retirando-os do espaço meramente objetivo de atuação pública.

É a dimensão subjetiva positiva direta desses direitos que possibilita ao Judiciário controlar as ações exorbitantes, insuficientes e as omissões da Administração Pública, antes mesmo de uma decisão regulamentar desta ou do Poder Legislativo. Inclusive, as próprias decisões regulamentares e legislativas podem sofrer o controle de verificação judicial, segundo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Sem essa dimensão subjetiva, os direitos fundamentais sociais prestacionais ficariam nesse intermédio de tempo, até a regulamentação, à livre disposição dos sujeitos de dever.

Se a Administração Pública está vinculada subjetivamente ao dever de conceder prestações sociais, não há “discricionariedade” para não agir ou para agir de forma insuficiente. No dever de materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, exige-se muito mais do que simples ações positivas; exige-se que estas, ou seja, o fazer do administrador, sejam suficientemente proporcionais, no embate com outros direitos e/ou bens, e razoáveis como exigências fundamentais que são.

3.2 Judiciário como espaço político, justificação das decisões e abertura no processo de interpretação dos direitos fundamentais.

Colocamos que o Poder Judiciário, frente à omissão dos outros poderes públicos, em especial do Poder Executivo, pode diretamente definir o conteúdo dos direitos fundamentais sociais prestacionais pela existência de uma subjetividade positiva direta destes direitos a partir das normas constitucionais, e que, mediante o alargamento da vinculação do administrador às expectativas constitucionais, o Poder Judiciário pode exercer um controle quase que total sobre a atuação da Administração Pública.

Essa situação nos passa a imagem de um Judiciário controlador e onipotente na solução dos problemas sociais, idéia inaceitável do ponto de vista de um Estado democrático de direito, e, por isso, enseja duas questões específicas a serem tratadas nesta parte do trabalho: o Judiciário é o melhor espaço para a realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais? E quem controla o Judiciário?

Canotilho, ao defender um constitucionalismo moralmente reflexivo a tomar o lugar do constitucionalismo dirigente,²²⁶ coloca em xeque o problema da realização dos direitos fundamentais sociais, desacreditando da atuação do Judiciário no que se refere à efetividade desses direitos: “a realização dos direitos sociais pode estar muito mais na dependência da

²²⁶ Canotilho revê seu pensamento sobre a Constituição dirigente, apostando não mais na capacidade das constituições de dirigir os rumos de uma sociedade política, mas podendo estas apenas refletir os anseios imediatos dos cidadãos, sem a pretensão de traçar um caminho fechado, “um caminho de ferro social e espiritual através da qual vai peregrinar a subjetividade projetante.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. IX. A idéia subjacente que está na crítica da Constituição dirigente é de que as constituições dirigentes trazem em si a idéia de projeção, de Estado diretor exclusivo, colocando o Direito como instrumento dessa direção e retirando da sociedade o poder-direito de conduzir-se, incrementando sua auto-organização. A novo pensamento de Canotilho sobre um constitucionalismo moralmente reflexivo ensejou, no Brasil, uma discussão sobre a morte ou não da constituição dirigente, já que a Constituição do Brasil, promulgada em 1988, porta essencialmente a característica de dirigente. Streck é defensor da manutenção da Constituição dirigente no Brasil, sob o argumento de não ser adequado falar-se hoje em um constitucionalismo igualitário para todo o planeta, não se podendo assumir uma teoria geral da Constituição, frente à própria pluralidade e complexidade das sociedades atuais, que mantém certa identidade a variar de Estado para Estado ou de certos Estados posicionados em situação sócio-econômica diversa das dos países mais desenvolvidos. O autor situa os direitos fundamentais sociais como núcleo específico a ser mantido nas constituições dos países periféricos, como forma de atender ao cumprimento das promessas (incumpridas) da modernidade, o que denomina de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT). STRECK, Lenio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 82. Comungamos das mesmas idéias de Streck, pois o contexto dos países periféricos, no qual se inclui o Brasil, ainda é de exclusão e desigualdades sociais, de falta de condições materiais de existência que propicie autonomia aos cidadãos, no sentido de uma livre e igualitária participação nas decisões políticas de seu Estado e possibilidades de escolha e condução de seus próprios destinos. Como falar em Constituição reflexiva, baseados em procedimentos de participação, senão conseguimos resolver o problema da inclusão social? Ademais, a Constituição dirigente não estipula procedimentos únicos, vetando procedimentos alternativos para sua concretização. Não é ela contraposta a espaços democráticos de discussões e decisões, apenas estipula os fins que o Estado deve alcançar. Ex: justiça, solidariedade, igualdade, redução da pobreza, liberdade, participação, não podendo ser vista como pretensa à onipotência de resolver todos os problemas sociais, mas como tributária dos objetivos concordantes que tendem a construir uma sociedade mais justa, livre e igualitária.

participação política da população do que na atuação expressiva dos tribunais.”²²⁷ A fala de Canotilho contradiz a aceitação do Poder Judiciário também como espaço político.

Mas como negar o Judiciário como espaço também político além de jurídico, principalmente no que respeita à jurisdição constitucional, se a própria idéia de Constituição é de estatuição jurídica do político? Barroso delinea esse espaço político-jurídico com clareza, ao afirmar que a definição, a cada tempo, de qual seja o sistema ideal de valores a ser protegido e os fins a serem buscados é uma questão política, porém quando consumada a decisão, ela se formaliza pela via do direito, que passa a conformar a realidade social. “Por este mecanismo, o poder transforma-se de político em jurídico.”²²⁸

Difícil é delimitar o campo político independente do campo jurídico, pois a própria noção de Estado de Direito é uma noção de Estado Político Jurídico. Nesse sentido, afirma Bandeira de Mello “que o Estado de Direito [...] é a juridicização de um projeto político. São as idéias políticas que afinal assumem a forma jurídica; estruturam-se para compor aquilo que chamamos ‘Estado de Direito’.”²²⁹ (grifo do autor).

Para Grimm, embora política e direito não se confundam, a diferença entre eles é muito imprecisa quando se está no campo constitucional. A Constituição, ao estruturar a política, restringe a liberdade de ação política, cujas escolhas devem estar dentro dos moldes constitucionais – *atuação jurídica da Política*. Por outro lado, o autor afirma que quando a Constituição entrega a um Tribunal a guarda da Constituição, ela permite àquele definir o que as normas significam e qual seu alcance, concedendo ao Tribunal Constitucional uma cota de atuação na elaboração das leis²³⁰ - *atuação política do Judiciário*. (acréscimos nossos)

Ao atuar aplicando a lei constitucional - definindo seu significado e alcance - segue Grimm em seu entendimento, há um conteúdo político que não pode ser evitado, pois são inevitáveis no processo de interpretação e aplicação das normas constitucionais influências da pré-compreensão e das preferências políticas e ideológicas dos juízes, muito embora esse conteúdo político seja restringido porque o Judiciário toma decisões dentro de um âmbito

²²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 357, 377, 429.

²²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. p. 775/76.

²²⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. *Revista de Direito Público*, nº 57-58, p. 233-256, 1981. p. 245 e ss.

²³⁰ GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. *Revista de Direito e Estado*, ano 1, nº 4, out/dez, p. 3-22, 2006. p. 16/17/18. Para o autor, a jurisdição constitucional não é nem incompatível nem indispensável à democracia, porque o respeito pela Constituição depende mais de uma cultura política do que de instrumentos jurídicos coercitivos. As Cortes Constitucionais não garantem que o Governo aplique a Constituição; no máximo elas podem aumentar as chances de a Constituição ser respeitada (p. 9/10).

normativo e não persegue objetivos políticos, garantindo maior imparcialidade no processo decisório.²³¹

Grimm, mesmo afirmando que a jurisdição constitucional não é nem incompatível nem indispensável à democracia, enumera como vantagem para a legitimação da democracia a existência de uma Corte Constitucional, porque esta interpreta a Constituição sem a preocupação com metas eleitorais; “o direito é a sua primeira preocupação,” ao contrário dos políticos que, pela sujeição a eleições, decidem sempre a favor da maioria.²³² A Corte Constitucional é, então, uma garantia de consideração da vontade também da minoria expressa nos direitos fundamentais.

Avaliando as vantagens e os riscos para a democracia - porque o controle judicial dos atos políticos pode comprometer o controle democrático ao afastar a vontade dos representantes do povo, sem ser responsável perante o povo -, o autor defende que a jurisdição constitucional pode resultar em maiores vantagens para o processo democrático em países de baixa tradição democrática, situação em que podemos enquadrar o Brasil - com acréscimo da falta de autonomia dos indivíduos em virtude da carência de recursos materiais - visto que o Tribunal Constitucional protege os direitos fundamentais contra atos dos poderes majoritários em detrimento da minoria, compensando o deficit da falta de espaços para livre formação da opinião, fazendo preponderar os princípios e as normas gerais obrigatórias sobre o interesse da maioria.²³³

Nesse mesmo sentido, Kelsen já se manifestou ao defender que a jurisdição constitucional, ao assegurar a constitucionalidade material das leis infraconstitucionais, está protegendo a minoria contra as invasões à constitucionalidade perpetradas pela maioria: “la jurisdicción constitucional és un médio de protección eficaz de la minoria contra las invasiones de la mayoría. La democracia da mayoría se hace suportable cuando és ejercida de manera regular.²³⁴ Dessa forma, a não submissão dos membros do Poder Judiciário a processos eleitorais acaba sendo um ponto positivo na garantia dos direitos fundamentais, pois os protege contra decisões que consideram apenas a vontade da maioria.

Ademais, o fato do Poder Judiciário não passar por um crivo popular direto, através de eleições, não lhe retira sua legitimidade democrática como também poder político, pois, como expõe Gouvêa: “a investidura popular não outorga ao Legislativo e ao Executivo uma

²³¹ GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Trad. Geraldo Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 15/16.

²³² *Ibid.*, p. 11.

²³³ *Ibid.*, p.13/21.

²³⁴ KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia constitucional*. Trad. Rolando Tassayo y Salmorán. Universidade Autónoma do México: México, 2001. p. 99.

legitimidade maior do que a do Judiciário. Instituições democráticas não se caracterizam necessariamente pelo provimento por eleição.”²³⁵ Além disso, é certo que o Tribunal Constitucional recebeu autorização constituinte para a guarda dos direitos fundamentais constituídos democraticamente pelos poderes eleitos pelo o povo.

Em verdade, a cooptação dos anseios políticos pela direito, desencadeando esse processo de juridicização da política, não retira das questões políticas sua essência política, mas acrescenta a elas um novo espaço, qual seja o jurídico. Por isso, o espaço do Judiciário é um espaço também político, além de jurídico, nas questões que também são políticas além de jurídicas. A Constituição é o documento elo entre a política e o direito, portanto, ao tratarmos de questões constitucionais - jurídicas -, estaremos também tratando de questões políticas.

No campo dos direitos fundamentais sociais prestacionais, essa linha divisória entre o político e o jurídico é muito mais tênue ainda, já que esses direitos exigem uma reconfiguração nos esquemas sociais, com vistas a atender a fins políticos sociais que passaram a ser jurídicos: liberdade, igualdade social, vida digna, etc. Por isso, Arango afirma que “os direitos sociais são a pedra fundamental da delimitação entre as decisões constitucionais e a política, uma vez que seu reconhecimento judicial afeta tanto a política econômica como a competência legislativa”²³⁶ e temos também que a atuação administrativa.

Então, quando defendemos a subjetividade direta e positiva dos direitos fundamentais sociais prestacionais, ou seja, a exigibilidade de suas prestações diretamente no Judiciário, a partir das normas constitucionais, e o exercício da discricionariedade para materialização desses direitos, não estamos retirando da sociedade sua capacidade de articulação para defesa de seus interesses, também não estamos substituindo os movimentos sociais pelo Judiciário, nem fazendo deste poder um “Hobbin Hood”, capaz de transformar os desejos constitucionais em realidade, mas abrindo uma nova concepção para o Judiciário como espaço também de lutas sociais, e não só palco de querelas entre particulares.

A juridicização da política torna o Judiciário apto a atuar frente aos cidadãos e a sociedade estatal, com vistas não somente a sua ingerência em assuntos particulares fundamentalmente defensivos, como também em assuntos fundamentalmente prestacionais. O processo constitucional jurídico é também um processo político, já que a Constituição é o estatuto jurídico do político, e pode ser utilizado para a atuação social na realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, sendo também um meio de participação nas decisões estatais. Nesse sentido, Cappelletti vai dizer que o processo jurisdicional, por ter

²³⁵ GOUVÊA, Marcos Maselli. O Controle judicial das omissões administrativas. p. 194.

²³⁶ ARANGO. Rodolfo. Direito Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia.

como característica substancial se desenvolver em conexão com as partes, é até o mais participativo de todos os processos da atividade pública.²³⁷

Não podemos negar que, quando se pleiteia judicialmente um direito fundamental social prestacional (por ações individuais ou coletivas), questionando-se a atuação dos poderes públicos na realização destes direitos, a sociedade não esteja agindo em defesa de seus interesses e que o Poder Judiciário não seja, nesse momento, um espaço também de ação social, já que qualquer decisão, além de contar com a participação das partes, terá repercussão social. O Poder Judiciário é mais um espaço, embora nem possa ser o melhor - isso é questionável - com que a sociedade pode contar em suas articulações para cobrar dos chamados poderes políticos - Legislativo e Executivo - a realização da Constituição Social, Econômica e Cultural do Brasil.

Para responder à segunda pergunta sobre quem controla o Poder Judiciário, e fugirmos da idéia de um Judiciário controlador e incontrolável em seus atos, quando age contendo os limites de atuação dos outros poderes, em específico o Executivo, duas abordagens devem ser feitas: sobre a justificação das decisões na jurisdição constitucional e sobre a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Se, e somente se, as decisões judiciais forem fundamentadas, com argumentos jurídicos e fáticos aceitáveis pela comunidade envolvida com as questões fundamentais, o Poder Judiciário tem legitimidade para controlar os atos administrativos, contribuindo com a efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

3.2.1 Justificação das decisões e sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: o controle social das decisões judiciais pela subjetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais

A motivação das decisões é uma exigência do Estado Democrático de Direito, uma garantia que proporciona o exercício da ampla defesa em qualquer processo. É direito das pessoas que os aplicadores do ordenamento jurídico fundamentem todas as decisões, como forma de controle dos atos judiciais. “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário

²³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 100. Afirma o autor: “Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o 'sentimento de participação'. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica *'quoad substantiam'* da jurisdição desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que tem o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Nesse sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública.”

serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]. As decisões administrativas dos tribunais serão motivadas” (art. 93, incisos IX e X da CF).

Se no campo do Direito Administrativo, a motivação dos atos administrativos assume a feição de um princípio implícito²³⁸ vinculativo da atuação do administrador público, inescapavelmente importante para o controle judicial dos atos administrativos, a justificação das decisões judiciais é condição *sine qua non* para o controle social das decisões. Justificar significa expor os motivos que levaram à decisão, isto é, expor as razões pelas quais se toma aquela decisão e não outra, o que afasta o arbítrio do juiz.

Motivar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar al que la toma, a tenerlas. Es alejar todo arbitrio. Unicamente en virtud de los motivos el que ha perdido un pleito sabe como cómo y por qué. Los motivos le invitan a comprender la sentencia y le piden que no se abandone durante demasiado tiempo al amargo placer de ‘maldecir a los jueces’.²³⁹

Aarnio, sustentado na idéia de justificação (apresentação das razões), vai assegurar que, nas sociedades pós-modernas, a exigência é de que as decisões sejam justificadas, com as razões demonstradas e publicamente aceitas: “Los tribunales también deben estar sometidos a um control social ejercido por la gente. El único médio para este controle és la exigência de que los tribunales realmente argumenten sus decisiones.”²⁴⁰ Habermas também pronuncia que a justificação das decisões judiciais é o que expõe a jurisdição ao teste da legitimação: “as decisões deverão ser fundamentadas e expostas ao debate público, pois a crítica advinda da esfera pública possui um potencial racionalizador e legitimador.”²⁴¹

A justificação das decisões judiciais não implica somente em apresentar as razões de fato e de direito que levaram à decisão, mas requer a explicitação do processo de tomada de decisão, que deve ser um processo lógico-racional, o que, no campo administrativo, Moraes

²³⁸ Para Moraes, não há regra constitucional explícita sobre o dever de motivar os atos administrativos; o princípio deriva dos princípios do Estado de direito, da razoabilidade, da ampla defesa, da publicidade e da inafastabilidade da tutela jurisdicional. O dever de motivar os atos administrativos consta expressamente na Lei 9.984/99, art. 50. MORAES, Germana Oliveira. Obrigatoriedade de motivação explícita, clara e congruente dos Atos Administrativos. Revista Interesse Público, nº 08, p. 44-52, 2000. p. 44.

²³⁹ SAUVEL, T. "Histoire du jugement motivé", Revue du droit publique, 1955, pgs. 5-6. Apud PERELMAN, Chaïm. PERELMAN, Chaïm, La Lógica Jurídica y La Nueva Retórica, Madrid, 1979, Editorial Civitas, nota 4, p. 202 e 203.

²⁴⁰ AARNIO, Aulis. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”. Doxa 8, 1990, p. 26/27. O autor faz essa afirmação no contexto de refutação da tese de Dworkin sobre a existência de uma única resposta correta na aplicação do direito. Aarnio não concorda com Dworkin e sustenta não ser possível se chegar a uma única resposta correta na aplicação do direito, mas a melhor possível. Ver melhor a discussão também em WEINGARTNER NETO, Jayme. Existe a única resposta jurídica correta? Revista Direito e Democracia, Canoas: Ed. Ulbra, vol 5, nº I, 1º semestre. p. 85-120.

²⁴¹ HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento. Trad. Márcio Suzuki. Novos estudos CEBRAP: São Paulo, nº 26, março, 1990. p. 111.

vai chamar de “dever de motivação congruente,” ou seja, entre a fundamentação e o conteúdo do ato decisório deve haver uma pertinência lógica e racional.²⁴² A exigência de justificar racionalmente as decisões toma o direito como meio de racionalização do poder, afastando-o dos subjetivismos e arbitrariedades e colocando-o no campo da intersubjetividade, sendo que a aceitação das decisões passa pela aceitação de suas razões. Isso nos garante que a saída da discricionariedade da Administração Pública não passe, sem controle, para o Judiciário.

A mesma idéia traz Gouvêa para o controle dos atos administrativos pelo poder Judiciário. Afirmando que “a solução para o problema da objetivação do controle de discricionariedade reside em exigir-se que o mesmo seja levado a cabo mediante o emprego de categorias intersubjetivamente compartilhadas pela comunidade, o que afasta o subjetivismo judicial;”²⁴³ está o autor reconhecendo que a justificação das decisões jurídicas (apresentação das razões e do processo de tomada de decisão) é um requisito indispensável para a aceitação de uma apreciação judicial do exercício irregular da discricionariedade administrativa.

A justificação das decisões judiciais assume um papel de fundamental importância no Judiciário quando da tomada decisão que envolve a materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais pelo Executivo, pois explicita as razões, constitucionalmente, do controle exercido. Além disso, exige-se que as omissões sejam justificadas, as razões apresentadas, no sentido de fazê-las passar pelo critério de avaliação e aceitação. Mas para tanto, requer-se imprescindível a existência de direitos subjetivos imediatos as prestações objeto destes direitos, posto que a partir deles se colocarão os casos jurídicos.

Se há direito subjetivo positivo a partir das normas fundamentais sociais prestacionais, em um processo de controle judicial de ações ou omissões de um programa de ação executiva, cabe ao Executivo aduzir as razões pelas quais tomou uma decisão e não outra e ao juiz, verificar, mediante o questionamento do ato, a opção feita, de forma fundamentada. Dessa forma, o Judiciário certifica a conformação do ato aos preceitos fundamentais e se expõe para certificar se sua decisão em determinado caso foi a melhor possível.

Mas o dever de justificar as decisões ainda não responde por completo à questão de saber a quem pertence o poder de tomada final da decisão a respeito dos direitos fundamentais sociais prestacionais; sobre quem controla o Poder Judiciário, mas apenas nos remete a outra: para que a necessidade de fundamentação das decisões e de explicitação do processo de

²⁴² MORAES, Germana Oliveira. Obrigatoriedade de motivação explícita, clara e congruente dos Atos Administrativos. p. 47.

²⁴³ GOUVÊA, Marcos Maselli. O Controle judicial das omissões administrativas. p. 211.

tomada de decisão, se o Judiciário tem a última palavra nos casos jurídicos? Portanto, ainda fica a pergunta: quem controla o Poder Judiciário?

Só podemos responder a essa questão se entendermos o processo de interpretação da Constituição como um processo aberto. Como afirma Juarez de Freitas, os silogismos jurídicos são dialéticos, os argumentos jurídicos são provisórios e a operação hermenêutica é “eminente circular”; o sistema jurídico é aberto e a interpretação é circular e re-criativa, sem que o objeto prepondere sobre a intersubjetividade,²⁴⁴ em que não há uma resposta final, mas apenas uma decisão pelo órgão mais especializado, a qual continua a ser discutida pela comunidade envolvida de alguma forma com a decisão, dando aos direitos fundamentais uma concretização constante a cada decisão jurídica.

Desse modo, o controle do Poder Judiciário só pode ser feito pela sociedade e só tem legitimidade se há uma participação amplamente democrática nesse processo, se há uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, a qual se refere Häberle²⁴⁵. A tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição coloca o problema sobre os participantes da interpretação e conclui, através de uma análise prática, que existe um círculo bastante amplo no processo de interpretação da Constituição, mostrando-se, muitas vezes, difuso. Para Häberle, uma teoria da interpretação constitucional, que considera a realidade, deve se perguntar sobre os agentes conformadores dessa realidade constitucional.

Considerar os agentes sociais na cadeia interpretativa da Constituição rompe o vínculo com um modelo de interpretação em “uma sociedade fechada”, onde apenas um órgão último decide o que é a Constituição, para instituir um modelo de interpretação constitucional pela e para a sociedade aberta, sendo, segundo Häberle, cada vez mais aberto quanto mais plural for a sociedade, participando cidadãos, grupos, órgãos estatais, sistema público, opinião pública, enfim, todos que vivem a norma acabam por interpretá-la.

A sociedade aberta dos intérpretes reúne não somente órgãos estatais, mas todos aqueles que vivem o contexto constitucional, sendo formada por: a) órgãos com funções estatais, tais como Corte Constitucional, que tem a decisão vinculante, órgãos Legislativo e Executivo; b) os participantes do processo: autor e réu, outros interessados na lide e especialistas; c) grupos de pressão e opinião pública democrática e pluralista; d) doutrina constitucional. Esse catálogo de participantes mostra, como afirma o próprio Häberle, que a

²⁴⁴ FREITAS, Juarez. A Melhor Interpretação Constitucional versus a Única Resposta Correta. Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, n. 2, p. 270-316, 2003. p 283/287.

²⁴⁵ HÄRBELE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, mas uma atividade que diz respeito a todos.

Parte o autor da idéia de que a norma não é uma decisão simples e acabada e que, portanto, somente os intérpretes em sentido amplo podem complementá-la com base em suas vivências, sendo legítimos para interpretar a Constituição, porque representam um pedaço da realidade constitucional. Afirma ainda que, apesar de os cidadãos e grupos em geral não possuírem uma legitimidade democrática em sentido estrito, com a atribuição formal para interpretar, a própria idéia de democracia, que pressupõe a participação efetiva e continuada no processo político pelos direitos fundamentais, legitima essa comunidade como intérpretes da Constituição.

Observe-se que Häberle nunca foi ingênuo em pensar que a sociedade aberta dos intérpretes funciona sem falhas como correção no desvelamento da verdade constitucional, pois sabe que esse processo democrático apresenta defeito em relação ao ideal, no que se refere aos aspectos fáticos da autonomia de participação, mas entende a abertura do espaço de interpretação da Constituição e a democracia como um movimento circular: a sociedade é mais livre e aberta quanto mais se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição. Por isso, os instrumentos processuais de participação na interpretação devem ser ampliados, pois uma legítima jurisdição constitucional no contexto da democracia pressupõe uma ótima conformação legislativa e uma maior abertura no direito constitucional processual.

A idéia de uma sociedade aberta e participativa no processo de interpretação da Constituição é imprescindível para aceitarmos um Poder Judiciário controlador da realização constitucional, ainda que esse processo possua déficits de participação.²⁴⁶ A aparente última palavra pelo Tribunal Constitucional é (se não é, deve ser) controlada pela sociedade constitucional. Intersubjetividade é, então, a palavra da vez sobre decisão constitucional. Só podemos responder à pergunta sobre quem controla o Poder Judiciário com a concepção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, detendo os participantes uma parcela do controle de constitucionalidade.

Assim, a resposta sobre quem controla o Poder Judiciário passa, inevitavelmente, pela democratização do processo interpretativo e decisório,²⁴⁷ que permita a participação

²⁴⁶ A falta de recursos materiais é uma grande de barreira à livre participação, ex: a falta de postos de trabalho vicia a livre relação de trabalho; o temor da perda do emprego impede a livre participação do trabalhador nos organizações sindicais.

²⁴⁷ A utilização dos termos em separado não representa a aceitação de distintos processos: o de interpretação anterior e o de decisão posterior. Entendemos que a interpretação se dá no momento da decisão. “Nesse sentido nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação”(…) pensamos que a aplicação é

social no controle de constitucionalidade e possibilite a formação de uma cultura de Constituição que recrie o texto constitucional sempre. E essa democratização do processo interpretativo e decisório não pode ser pensada sem a subjetividade dos direitos fundamentais, de todos eles, posto que o exercício subjetivo dos direitos é também uma forma de participação dos indivíduos na elaboração da norma.

Kelsen já admitia essa relação entre sujeito de direito e norma jurídica. Ao se referir aos direitos políticos de escolher os representantes do povo no Parlamento (direito subjetivo de voto) e ao direito dos eleitos de ser membro do Parlamento e de participar da aprovação das leis (direito subjetivo de opinar e votar) como capacidade de poder influir na formação da vontade do Estado, observou que o direito subjetivo privado, em sentido técnico, é também um direito político, já que permite ao sujeito participar da formação da vontade estatal, pois esta também se exprime na confecção da norma individual – a decisão judiciária.²⁴⁸

Ao postular subjetivamente seus direitos na instância judicial, o sujeito de direito discursa sobre suas razões, que devem ser consideradas tanto para conceder como para negar o direito pleiteado. A norma individual - o resultado do processo interpretativo-decisório - não despreza as razões apresentadas, antes as considera em seu processo de construção. Justificando o sim ou não das razões apresentadas pelo sujeito de direito, a decisão, qualquer que seja, já traz em sim a participação dos sujeitos sociais. O exercício da subjetividade é, então, um exercício de participação, fundamental para o controle social dos poderes públicos, principalmente para o controle social das decisões em matéria de direitos fundamentais sociais prestacionais.

Negar direitos subjetivos é também uma forma de negar a participação no processo re-criativo (construtivo permanente) das normas fundamentais. No caso dos direitos fundamentais sociais prestacionais essa negação assume maior efeito negativo já que são os direitos fundamentais que começam a ser construídos no âmbito jurisprudencial, pela sua ainda “novidade” no campo da aplicação. Se os sujeitos de direito não podem pleitear diretamente os direitos sociais prestacionais, eles não participam da construção de seus limites, nem dos limites que tais direitos impõem aos sujeitos de dever.

um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 407.

²⁴⁸ KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. p.155/156.

3.2.2 Súmula vinculante e participação social: o controle social das decisões do STF

No Brasil, não podemos falar de controle social das decisões judiciais em matéria constitucional, sem abordarmos a questão da “súmula vinculante”. “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão *eficácia contra todos e efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” (art. 102, § 2º, da CF), (grifo nosso). A norma tem a aparência de colocar o Supremo Tribunal como último poder, sendo sua a última palavra.

Afirmamos uma aparente última resposta do Judiciário, porque os argumentos jurídicos, como expomos, são provisórios, e a própria Lei 11.417/2006, que regulamentou a matéria, levou isso em consideração, disciplinando não só a edição, mas a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. “O Supremo Tribunal Federal poderá, *de ofício ou por provocação*, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, *bem como proceder à sua revisão ou cancelamento*, na forma prevista nesta Lei. (art. 2º da Lei 11.417/2006) (grifos nossos).

A “súmula vinculante” só vincula enquanto os argumentos forem aceitos pela sociedade envolvida com questões constitucionais, num movimento circular de intersubjetividade, do qual participam os atores envolvidos e compromissados com os princípios constitucionais. A regulamentação legislativa da “súmula vinculante”, como não poderia deixar de ser, traz um leque de participantes do processo de discussão da leitura das normas constitucionais, legitimando a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de “súmula vinculante” os chefes do Executivo e do Legislativo; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o Defensor Público-Geral da União; o partido político com representação no Congresso Nacional; a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares, o Município, mesmo que apenas no processo em que seja parte, e o

Procurador-Geral da República. Este último, como representante da sociedade, manifesta-se sempre previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante (arts. 2º, § 2º, da Lei 11.417/2006).

Além desse leque amplo de legitimados a propor a ação de edição, revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes, há a possibilidade da participação de terceiros no processo (art. 3º, § 2º, da Lei 11.417/2006). Traz ainda a obrigatoriedade, nas decisões administrativas em que haja reclamação de contrariedade de enunciado de súmula, da autoridade administrativa responsável pela decisão impugnada aduzir as razões da inaplicabilidade da súmula, naquele caso (art. 56, § 3º, da Lei 9.784/99), fazendo uso da argumentação jurídica num processo circular de entendimento constitucional, e não de mão única, em que a última palavra é de um poder último.

A “sumula vinculante”, então, que grande discussão causou no meio jurídico, por representar, para muitos, amarras aos juízes de grau inferiores e aos administradores, que passariam a agir somente conforme o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, embargando a democracia no processo de interpretação constitucional, ao contrário, pode incitar o processo democrático, no momento em que se exigem argumentos mais sólidos sobre a verdade constitucional, ainda que provisória, das normas constitucionais.

Claro que ainda não podemos dizer que esse processo constitucional democrático, aberto e participativo ocorre de fato no Brasil e algumas decisões do STF provam isso. O STF, até agora, editou, de ofício, seis súmulas vinculantes e, em um dos processos de discussão, que resultou na edição da súmula nº 2, rejeitou a participação de terceiros, sob o argumento de que, para a edição de enunciados de súmulas vinculantes de iniciativa interna do STF, não há que falar em admissão formal de terceiros. Concluiu, dessa forma, a ministra Ellen Gracie, presidente da casa e relatora no processo, que o art. 3º, § 2º, da Lei 11.417/2006, constitui-se em uma prerrogativa do relator admitir ou não a manifestação de terceiros na questão,²⁴⁹ entendendo, então, que a admissão de terceiros é uma ato “discricionário,” tomando a discricionariedade como liberdade dos membros do Poder Judiciário para agir.

Mesmo assim, arranhado o processo democrático pela posição adotada pela ministra relatora, não podemos olvidar que houve um processo discursivo dentro do STF, resultando em entendimentos dissonantes, como o do ministro Marco Aurélio na questão acima tratada

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo 327.880/2007. DJe nº 78/2007, de 10.08.2007. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25.10.2007. A súmula nº 2 tem o seguinte teor: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”. Neste processo, a Associação Brasileira de Loterias Estaduais - ABLE - solicitou participação na condição de *amicus curiae*.

que, mesmo tendo sido voto vencido, posicionou-se em defesa da admissão da participação de terceiros no processo. Cabe ainda ressaltar que a entidade que solicitou a participação já tinha se manifestado por diversas vezes em processos anteriores, os quais ensejaram a proposta da súmula vinculante nº 2.

Ademais, não se pode dizer que a sociedade acate sem ranhuras as decisões do STF e prova disso pode ser a súmula 666 - que limitou a cobrança da contribuição confederativa, ínsita no art. 8º, IV, da CF, aos filiados ao sindicato respectivo -; decisão a que os sindicatos ainda resistem, sob o argumento de que se todos os membros da categoria laboral, independente de filiação à entidade sindical, são beneficiados pelos ganhos nas negociações advindas da organização sindical, todos devem contribuir para a manutenção da entidade.

Como tentativa de regulamentar a decisão do STF, o Ministério do Trabalho e Emprego expediu a Portaria de nº 160/2004, proibindo a cobrança de contribuições sindicais instituídas em assembléias da categoria a empregados não filiados aos sindicatos. Essa portaria, pela pressão das organizações sindicais, teve vida curta,²⁵⁰ continuando muitas entidades sindicais a fazer constar em seus instrumentos coletivos – acordo e convenções entre categorias de trabalhadores e empregadores - a contribuição confederativa, do art. 8º, IV, da CF, ignorando a decisão do Supremo.

O caso da súmula 666 é uma evidência de que, no campo do Judiciário, se as decisões contrariam a opinião democrática, pode não ocorrer o desprezo público de não reeleição, mas pode ocorrer o repúdio à decisão pelos cidadãos, considerados também intérpretes da Constituição. Se a decisão não se coaduna com a melhor resposta possível naquele contexto ou se as condições contextuais são alteradas, os grupos sociais podem exercer uma pressão tal sobre o Judiciário, aparente último poder, ensejando novas discussões que podem resultar em um novo entendimento sobre a decisão, aparentemente última.

Dessa forma, é necessário deixarmos bem claro que, ao propugnamos por uma subjetividade positiva direta dos direitos fundamentais sociais prestacionais, não estamos afirmando que a concretização destes direitos fundamentais se resolva pelo Judiciário e no Judiciário. A luta pela concretização das prestações sociais fundamentais começa na sociedade, que deve buscar seus direitos, envolve o Judiciário, em caso necessário, e continua na sociedade que aceita ou questiona as decisões dos poderes políticos.

²⁵⁰ A Portaria nº 160/2004 do MTE, foi publicada em 13.04.2004, e teve seus efeitos suspensos pela Portaria nº 180, de 03.05.2004 sua duração foi de apenas 20 dias, portanto. Destaca-se ainda que a súmula 666, do STF, não é vinculante; o exemplo serve apenas para ilustrar que a sociedade também participa, aceitando ou não, as decisões do Judiciário mais superior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do que se expôs, temos que os direitos fundamentais, não obstante suas denominações como individuais e sociais, prestam-se à realização do homem em sociedade. São direitos que se preservam, constituindo-se ou se reconhecendo, porque seu conteúdo é fundamento para uma existência humana digna. Desse modo, é impensável uma única dimensão funcional em cada um dos direitos fundamentais: liberdade em sua dimensão apenas de defesa, e social em sua dimensão apenas prestacional. Para cumprir seu papel de garantir essencialidades ao homem no meio social, nenhum direito fundamental se efetiva apenas numa perspectiva, pois as liberdades e os bens materiais fundamentais são, em algum momento, pressupostos de direitos e, em outros, necessitam ser postos por direitos.

A liberdade ofendida, a privacidade devassada, a moradia invadida são restauradas mediante direitos de defesa dos bens liberdade, privacidade, moradia, quando se os têm; a liberdade concreta de voto, uma vida saudável, a moradia são bens que necessitam ser postos pelo direito, através de prestações de uma educação cidadã, de um meio ambiente saudável e de acesso à moradia adequada. É uma evidência na sociedade contemporânea que os bens essenciais ao homem com sua dignidade não apenas são pressupostos, mas que também são postos pelas condições materiais de existência.

Nessa perspectiva, há um entrelaçamento dos direitos fundamentais de tal forma a tornar insuperável a possibilidade de realização de um, pela dimensão de defesa, sem a efetivação do outro, pela dimensão prestacional. Condições sociais materiais de existência são condições de possibilidades para o usufruto das liberdades, pois, se não há prestação de um direito social, muitas vezes, não há o que se defender como direito fundamental. Por outro lado, sem liberdade, não há como se pensar em usufruto dos bens materiais. Os direitos fundamentais, portanto, só são respeitados em sua integralidade se protegidos e assegurados pelo Estado e a sociedade.

A interdependência dos direitos fundamentais mostra que não se justifica a estipulação de diferenciações quanto à eficácia jurídica direta de uns e de outros não, pois o respeito integral aos direitos fundamentais só se alcança com a busca da efetividade de todos eles. Essa busca da efetividade plena dos direitos fundamentais passa pela aceitação da subjetividade positiva direta dos direitos fundamentais sociais prestacionais (direitos subjetivos em sentido forte), tal como há nos direitos fundamentais de liberdade e políticos, afastando-se os óbices à sua aplicabilidade direta.

Tais óbices, que se apresentam, aparentemente, como princípios, são, na verdade, ou impedimentos fáticos à materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais e não de sua constituição como direitos subjetivos - reserva do possível -, ou obrigações dos Poderes Públicos (Legislativo e Executivo) não cumpridas - princípio da separação dos poderes. Se os direitos fundamentais sociais prestacionais necessitam, para sua concretização, de uma melhor regulamentação via poderes intermediários, o não atendimento do apelo constitucional não pode obstacularizar sua configuração como direito fundamental subjetivo, senão que deve ser sancionado como infração constitucional.

Esses óbices se formaram a partir da concepção dos direitos fundamentais sociais prestacionais como direitos programáticos, os quais valem como direitos do sujeito somente a partir da atuação dos poderes Legislativo e Executivo. Por isso, na busca da efetividade dos direitos fundamentais, de todos eles, é necessário se afastar das normas de direitos fundamentais sociais prestacionais o caráter de programáticas, sem o correspondente direito dos indivíduos, e admiti-las como definidoras de direitos, que expressam direitos a serem pleiteados diretamente no Poder Judiciário, a partir dos mandamentos constitucionais, quando de seu descumprimento pelos Poderes Legislativo e Executivo.

A par da aceitação como normas definidoras de direitos, não se cega à sua estrutura normativa vaga e aberta, porém tal característica não é propriedade apenas das normas de direitos fundamentais sociais prestacionais, senão da maioria das normas de direitos fundamentais constantes na Constituição do Brasil. Também não se cega às dificuldades de implementação de seu objeto - prestações sociais - que, por exigir um agir do Estado e mais intervenções na sociedade, coloca a organização política em maior movimento e incumbe a sociedade de maiores responsabilidades para efetivá-los.

É evidente que as dificuldades de implementação do objeto dos direitos fundamentais sociais prestacionais seriam melhor transpostas com a intermediação dos Poderes Legislativo e Executivo, a definir mais precisamente o conteúdo desses direitos e os meios de sua realização, e a desenvolver programas que se voltem ao atendimento coletivo das prestações sociais, de forma a que se identifique mais claramente o direito de cada um e como efetivá-lo. Estamos certos disso como também estamos certos de que a falta de atuação dos Poderes Públicos, sujeitos de dever, não pode atingir frontalmente os direitos fundamentais sociais prestacionais a ponto de negá-los como direitos dos sujeitos, direitos subjetivos a prestações sociais.

O direito subjetivo parte das normas constitucionais e não da possibilidade de sua execução. Se tomarmos o direito subjetivo a prestações sociais a partir da concretização de

suas normas e não como meio de efetivá-las, estamos colocando os direitos fundamentais à disposição dos sujeitos de dever. Os direitos fundamentais sociais prestacionais passam, então, de direitos postos pelos constituintes a apelos ao poderes constituídos, para serem direitos fundamentais dos indivíduos. Portanto, as dificuldades não podem desqualificá-los como direitos subjetivos fundamentais, ao contrário, elas se apresentam como questões a serem superadas por uma teoria adequada à verdadeira vontade de concretização constitucional.

Como superação à omissão dos poderes Legislativo e Executivo, entendemos ser cabível a atuação direta do Poder Judiciário, como Poder Público a suprir a falta dos primeiros, fazendo-se ainda presente o Estado na garantia dos direitos fundamentais sociais prestacionais, na busca sua efetividade. Em atuação direta, o Poder Judiciário parte das normas insertas na Constituição do Brasil e não de ilações subjetivas, aplicando normas constitucionais da espécie de princípios, com um conteúdo, um objeto próprio, *a princípio* amplo, que pode ser delimitado no caso concreto, frente a justificativas de falta financeira e atendimento a outros direitos e/ou bens também fundamentais, pelo método ponderativo.

A concepção de direitos subjetivos *prima facie* amplo é extensiva a todos os direitos fundamentais. Por uma questão de coerência argumentativa, não podemos admitir a existência de direitos fundamentais subjetivos definitivos frente à reserva do possível, tal como ocorre com os de liberdade e políticos e as prestações ligadas ao mínimo existencial, enquanto os direitos fundamentais sociais prestacionais incorporam a condição de direitos subjetivos apenas *prima facie* sob a reserva de possibilidades do Estado. Ora, se a falta financeira for motivo de liquidação do direito subjetivo, ela o é em qualquer caso que envolva direitos fundamentais, incluindo até mesmo o mínimo existencial.

Sendo a reserva do possível a possibilidade fática de condições financeiras do Estado para a realização dos direitos fundamentais e pressuposto para a existência do direito subjetivo e sabendo ainda que todos os direitos fundamentais têm um custo, inclusive, os de defesa e as parcelas do mínimo existencial, a reserva do possível não pode ser excludente da subjetividade de apenas uma categoria de direitos fundamentais. Ora, se o Estado não tem condições financeiras de fornecer moradia a famílias carentes, e esse fato implica na falta de direito subjetivo à moradia, então, se o Estado chegar a uma situação econômica difícil de tal forma que também o impeça de fornecer alimentos a pessoas necessitadas, também não haveria direitos subjetivos a prestações do mínimo existencial.

Na seqüência desse raciocínio, se ao Estado faltam condições financeiras de contratar um oficial de justiça ou um policial para cumprir um mandado de *habeas corpus*, também não

haveria aí um direito subjetivo à liberdade. Esses exemplos visam expor a fragilidade de se adotar as condições fáticas de reservas financeiras do sujeito devedor como possibilidades para configuração de direitos subjetivos fundamentais, pois, por uma questão de coerência argumentativa, repetimos, a reserva do possível não pode afetar a configuração de direitos subjetivos apenas no caso dos sociais prestacionais, sob pena de ser estar discriminando negativamente os direitos sociais prestacionais no conjunto de direitos fundamentais.

Por isso, frente ao princípio da separação dos poderes e da reserva financeira do Estado, em vez de situarmos direitos fundamentais definitivos a partir de algumas normas e *prima facie* a partir de outras, o melhor caminho é a concepção dos direitos fundamentais, de todos eles, como disposições de princípios, que possuem um conteúdo próprio, *a principio* amplo, que pode ser delimitado no caso concreto frente ao atendimento de outros direitos e/ou bens, pelo processo ponderativo, mas que não pode ser simplesmente negado como direito fundamental subjetivo.

Os direitos fundamentais não são direitos em si *prima facie*, mas direitos amplamente *prima facie*, que se delimitam no caso concreto. Há um conteúdo próprio e definitivo, necessário à configuração de cada direito fundamental, que não se submete a ponderações, porque diz com a essência do direito, sendo subjetivo ainda que faltem condições financeiras para seu cumprimento. A quantidade necessária à configuração de cada direito fundamental deve ser definida pelos poderes imediatamente encarregados da concretização constitucional - Legislativo e Executivo, mas em falta destes o Judiciário deve atuar fazendo a delimitação do conteúdo nos casos jurídicos.

O Poder Judiciário encontra, no próprio arcabouço constitucional, possibilidades de atuação direta na definição dos conteúdos normativos fundamentais, quando a Constituição o encarrega de dizer sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e quando institui o mandato de injunção para suprir falta regulamentadora dos Poderes Legislativo e Executivo impeditiva de gozo dos direitos constitucionais, incumbindo o Poder Judiciário de agir diretamente a despeito da referência constitucional ao princípio de separação dos poderes. Aliás, esta é uma clara demonstração de que a Constituição não preserva a separação dos poderes frente à necessidade de concretização dos preceitos constitucionais.

É para satisfazer a necessidade de concretização da Constituição que o Poder Judiciário também detém o controle dos atos administrativos, ao agir a Administração Pública no dever de materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais. Esse dever é um contraponto a um direito subjetivo e não um poder jurídico sem a correspondente pretensão. O administrador não está livre para agir, mas adstrito aos princípios constitucionais, não

havendo “discrecionariade” como simples liberdade, mas como competência para melhor satisfazer os ditames constitucionais, que clamam por uma integração legítima.

O controle de verificação do Judiciário é amplo porque larga é a vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais, mas a sindicância judicial deve recair apenas no demérito do ato, quando a discrecionariade administrativa não se volta à integração da norma com vistas à realização da diretiva constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Embora a posição do Judiciário em ação de controle nos passe a imagem de um super-poder, essa imagem não passa de ilusão diante de duas evidências: primeiro, trata-se de um poder constitucional; segundo, há um controle social das decisões judiciais constitucionais, abrindo-se o processo interpretativo da Constituição a uma sociedade participativa.

Nesse sentido, concluímos, finalmente, que, diante das normas definidoras de direitos fundamentais sociais prestacionais inseridas na Constituição do Brasil, e tendo certo que expressam disposições de princípios, os jurisdicionados estão investidos na posição jurídica subjetiva positiva. Têm, portanto, direitos subjetivos em sentido forte à prestação nelas contida, *prima facie* amplos, se, diante de outros direitos e/ou bens, não houver razões mais fortes para sua delimitação. E, ainda, frente às omissões de concretização legislativas e executivas, ao Judiciário é dado definir os limites do conteúdo em si dos direitos fundamentais sociais prestacionais, os quais podem ser justificados diretamente.

Contudo, temos claro que a extensão da subjetividade positiva direta (direitos subjetivos em sentido forte) aos direitos fundamentais sociais prestacionais não transforma, por magia, os direitos em plenas realidades. Entretanto, a superação da doutrina diferenciadora da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais desfaz a injustiça de relegar ao segundo plano direitos dos cidadãos ao bem-estar material, indispensáveis à sua plena autodeterminação, pressuposto necessário para uma democracia democrática²⁵¹. Desse modo, contribuimos não só com a realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, diminuindo o déficit de atuação dos Poderes Públicos, mas também com a realização da Constituição, afastando dela a “pecha” de Constituição simbólica, no dizer de Marcelo Neves.²⁵²

²⁵¹ O pleonasma é para chamar a atenção de que a democracia não se constrói apenas com discursos, mas com ações que assegurem a todos a plena participação nos negócios da cidade.

²⁵² NEVES, Marcelo. A Constitucionalização simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Doxa 8, 1990.

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

_____. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 135-167.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Madrid: Livraria Almedina, 1987.

ARANGO, Rodolfo. *Direito Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia*. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre. Livraria do Advogado: ESMPI, nº 56, p. 125 – 138, set/dez, 2005. Edição temática: “Os Desafios dos Direitos Sociais”.

ATIENZA. *Sobre lo razonable em el Derecho*. *Revista Espanõla de Derecho Constitucional*, ano 9, nº 27, sep-dici, 1989.

_____. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

ATRIA, Fernando. *Existem Direitos Sociais?* *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ESMPI, nº 56, p. 125 – 138, set/dez, 2005. Edição temática: “Os Desafios dos Direitos Sociais”.

ÁVILA Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. ver. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e Aplicação do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 2.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os Direitos Sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais, Estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado*. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARZOTTO, Luís Fernando. Os Direitos Humanos como Direito Subjetivo: da dogmática jurídica à ética. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMPI, nº 56, p. 125 – 138, set/dez, 2005. Edição temática: “Os Desafios dos Direitos Sociais”.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Gilberto. A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, nº 142, p. 35-63.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria celeste C. J. Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti. 2ª ed. rev. São Paulo: Edipro. 2003.

_____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

BÖCKENFÖRDE, Ernest. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 6ª ed. revista, atualizada e ampliada. Malheiros Editores: São Paulo, 1996.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Lei. 8.036, de 11 de maio de 1990*. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Disponível em: < www.planalto.gov.br>. Acesso em 04.10.2007.

BRASIL. *Lei 9.784, de 23 de fevereiro de 1999*. Estima a Receita e fixa a Despesa da União para o exercício financeiro de 1999. Disponível em: < www.planalto.gov.br> Acesso em 04.10.2007.

BRASIL. *Lei. 11.417, de 19 de dezembro de 2006*. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < www.planalto.gov.br> Acesso em 04.10.2007.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Portaria nº 160/2004*. Dispôs sobre a proibição de contribuição confederativa a não associados. Publicada em 13.04.2004. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 04.10.2007.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Portaria nº 180/2004*. Dispôs sobre a contribuição confederativa a não associados. Publicada em 03.05.2004. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 04.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 45 MC/DF*. Relator Ministro Celso Melo. Julgada em 29.04.2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 11.01.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 107-3/DF*. Relator Ministro Moreira Alves. Julgado em 23.11.1990 Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 04.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 283-5/DF*. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 20.03.1991. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 04.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 114/SP*. Relator Ministro Octavio Gallotti. Julgado em 04.04.1991. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 04.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 485/MT*. Relator Ministro Maurício Corrêa. Julgado em 25.04.2002. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 04.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 628/RJ*. Relator Ministro Sydney Shances. Julgado em 19.08.2002. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 04.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 95/RR*. Relator Ministro Carlos Veloso. Julgado em 07.10.2002. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 04.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 562/DF*. Relator Ministro Eros Graus. Julgado em 20.02.2003. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 04.01.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 712/PA*. Relator Carlos Veloso. Julgado em 25.10.2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 31.01.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE: 410715/SP*. Relator Ministro Celso Melo. Julgado em 22.11.2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 11.01.2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 2*. Processo 327.880/2007. DJe nº 78/2007, de 10.08.2007. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 666*. Dispõe sobre a contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 04.10.2007.

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

_____. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2004.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito, jan/mar 2006. p 28-29.

COSSIO, Carlos. *Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.

COUTINHO, Jancinto Nelson de Miranda(org). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro:Renovar, 2002.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e lê sue disposizione di principio*. Millão: Dott. A. Giuffrê Editore, 1952.

DE LA CRUZ, Naranjo Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares de buena fe*. Madri: Centro de estudos Políticos y Constitucionales, 2000.

DWORKIN. Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EIDE, A. Realización de los derechos econômicos, sociales e culturales: estrategia del mínimo. *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, nº 43, 1989.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor: 1996.

FIORANELLI JR, Adelmo. Desenvolvimento e efetividade dos direitos sociais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Procuradoria Geral, v. 41, 1994. p. 13-36.

FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Roberto Eros; GUERRE FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 226-248.

_____. FREITAS, Juarez. Deveres de Motivação, de convalidação e de anulação: deveres correlacionados a proposta harmonizadora. *Revista Interesse Público*, nº 17, 2003. p. 39-48.

_____. *A Melhor Interpretação Constitucional versus a Única Resposta Correta*. Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, n. 2, 2003. p. 270-316.

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

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Trad. Geraldo Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. Revista de Direito e Estado, ano 1, nº 4, out/dez 2006. p. 3-22.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Celso Bastos, 1999.

_____. Princípio da Proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 255-269.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos*, 2ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

HOLMES, S., SUSTEIN, C. R. *The Cost of Rights – Why Liberty Depend on Taxes*. Nueva York: Londres, 1999.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, LDA, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia constitucional*. Trad. Rolando Tassayo y Salmorán. Universidade Atónoma do México: México, 2001.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti. 2ª ed. Ver. São Paulo: Edipro, 2003.

KRELL, Andréas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa. *Revista Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 144, 1999. p. 239-260.

_____. *Direitos Sociais e o Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
LIRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 2003.

LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção “Os pensadores”)

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e Propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARSHAL, T. H. Cidadania, classe social e *status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O Manifesto Comunista*. Trad. Maria Lúcia Como. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, nº 57-58, 1981. p. 233-256.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. A Proteção dos Direito Humanos Sociais nas nações Unidas. *Revista Interesse Público*, nº 14, 2002. p. 34-66.

_____. A motivação dos atos da administração pública como princípio fundamental do Estado de Direito. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, n. 87, 2003. p. 11-21.

MELLO, Cláudio Ari. *Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo*. Revista do Min. Público do RS. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMPI, nº 56, p. 125 – 138, set/dez, 2005. Edição temática: “Os Desafios dos Direitos Sociais”.

MESSNER, Johannes. *Ética Social*, São Paulo: Quadrante, 1970.

MORAES, Germana Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

_____. Germana Oliveira. Obrigatoriedade de motivação explícita, clara e congruente dos Atos Administrativos. *Revista Interesse Público*, nº 08, 2000. p. 44-52.

MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

OHLWEILER, Leonel. *As Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito e a refuncionalização da Administração Pública Brasileira*. 2007. Obra inédita.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Convenção n° 158*. Sobre o término da Relação de Emprego por Iniciativa do Empregador. Disponível em: <www.oitbrasil.org.br> Acesso em 11.01.2008.

PERELMAN, Chaïm, *Tratado da Argumentação*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PESSÔA, Leonel C. Os Paradigmas Jurídicos e a Relações entre Política e Direito. *Revista de Direito Administrativo*, n° 232, abril/junho, 2003. p. 115-131.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

POPPER, Karl. *Conhecimento Objetivo*. Belo Horizonte: São Paulo, Itatiaia/EDUSP, 1974.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales*, 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justicialidade. In: *Interpretação Constitucional*. SILVA, Virgílio Afonso da (org). São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

RALWS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Editora universidade de Brasília: 2001.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. Notas acerca da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais como Limite à Discrecioniedade Administrativa. *Revista do Min. Público do Estado do Rio de Janeiro*, n° 21, jan/jun, 2005. p. 54-74.

REIS, José Carlos Vasconcellos. *As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SARAIVA. Paulo Lopo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*. Rido de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder *de reforma da Constituição*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de

Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

_____. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006.

_____. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs). SARLET, Ingo Wolfgang (respon). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHNEIDER, Hans-Peter. *Democracia e Constitución*. Trad. Luiz Lópes Guerra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SELLA, Adriano. *Globalização, neoliberalismo e exclusão social*. São Paulo: Paulus, 2002.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Afonso José. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, 2002. p. 22-48.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito e Estado*, ano 1, nº 4, out/dez 2006. p. 23-51.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Tradução Teodora Cardoso e Cristóvão de Aguiar. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. v. I.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *O mandato de Injunção no Direito Brasileiro*. Edições Trabalhistas: Rio de Janeiro, 1991.

_____. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo: Unisinos, v.35, n.95, 2002. p. 49-86.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TÁCITO, Caio. A Constituição e o Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 232, abril/junho, 2003. p. 53-58.

TELLES JR., Goffredo. *O direito quântico*. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1971.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n 42, 1990. p. 69-78.

_____. A Metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VIEIRA, José Ribas. Assimetria dos Direitos Fundamentais Sociais e Econômicos. *Revista Ciências Sociais*, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, Editora Center, dez 1997. p. 198-207. Ed. Especial

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](#)