

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROF. JACY DE ASSIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL:
INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS
NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

LUDMILA DE PAULA CASTRO SILVA

UBERLÂNDIA-MG

2013

LUDMILA DE PAULA CASTRO SILVA

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL:
INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS
NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Dissertação de mestrado apresentada à banca examinadora do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Público, na linha de pesquisa Direitos Sociais e Econômicos Fundamentais, da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia-MG, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

UBERLÂNDIA-MG

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

S586a Silva, Ludmila de Paula Castro, 1985-

2013

Arguição de descumprimento de preceito fundamental : instrumento de garantia dos direitos sociais fundamentais na Constituição Federal de 1988 . / Ludmila de Paula Castro Silva. - Uberlândia, 2013.

126 f.

Orientador: Alexandre Walmott Borges.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Direitos sociais - Brasil - Teses. 3. Direitos fundamentais - Brasil - Teses. I. Borges, Alexandre Walmott. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

FOLHA DE APROVAÇÃO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Dissertação de mestrado apresentada à banca examinadora do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Público, na linha de pesquisa Direitos Sociais e Econômicos Fundamentais, da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia-MG, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

Uberlândia-MG, 08 de março de 2.013.

Banca Examinadora

Orientador - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges – FADIR/UFU

Membro - Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho – FADIR/UFU

Membro - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela dádiva da vida.

Agradeço ao Professor Doutor Alexandre Walmott Borges pela orientação, compreensão e paciência, principalmente por entender a situação peculiar que vivenciei durante o curso do mestrado em decorrência do ingresso na carreira do Ministério Público. Sua atenção e apoio durante esta trajetória foram essenciais para a realização e conclusão do estudo.

Agradeço à Universidade Federal de Uberlândia, por viabilizar os estudos de graduação em Direito e Letras, bem como mestrado nesta prestigiada instituição. Aos colegas e professores do Programa de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, principalmente Professores Dr. Cícero José Alves Soares Neto, Edihermes Marques Coelho, Hilário de Oliveira, Leosino Bizinoto e Shirlei Silmara, pelos ensinamentos transmitidos nas disciplinas cursadas.

Agradeço ao Professor Doutor Vladmir Oliveira da Silveira por aceitar o convite para participar como membro externo da banca de defesa da dissertação de mestrado.

Agradeço ao Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, instituição na qual tive a felicidade de ingressar como membro e encontrar a realização profissional, propiciando-me, no exercício da função, conhecer os gargalos para efetivação dos direitos sociais.

Agradeço aos meus pais Manoel e Adelina pela minha formação como pessoa, bem como aos meus irmãos Leandro, Vinicius e Gabriel pelo apoio durante esses dois anos de dedicação ao mestrado.

Agradeço aos meus amigos, que constituem o reduto dos momentos mais felizes da minha vida.

De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto. (Rui Barbosa, jurista, 1849 – 1923)

RESUMO

SILVA, L.P.C. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: instrumento de garantia dos direitos sociais fundamentais na Constituição Federal de 1988

O presente estudo analisa o sistema de controle judicial e abstrato de constitucionalidade por via da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) como instrumento de eficácia social e jurídica dos direitos sociais fundamentais e de colmatação das omissões legislativas. A dissertação encontra-se dividida em três capítulos. No primeiro capítulo, faz-se a contextualização dos direitos sociais fundamentais no Estado Democrático de Direito e na Constituição Federal de 1988, perfazendo o estudo sobre a tipologia e classificações destes e abordando a carga axiológica dos direitos e garantias no sistema normativo. Aborda, ainda, a relação entre o princípio da separação dos poderes e a efetividade dos direitos sociais fundamentais. No segundo capítulo, discorre-se sobre as categorias de análise afetas à aplicabilidade e completude das normas constitucionais, bem como à justiciabilidade e aos limites de atuação do Poder Judiciário na seara do suprimento de omissões legislativas. Traz considerações acerca da Teoria Geral do Direito Público, especificamente sobre aplicabilidade das normas consagradoras dos direitos sociais fundamentais, além de elucidar a conjuntura de legitimação da jurisdição constitucional no que concerne à realização dos direitos sociais. No terceiro capítulo, estuda-se o modelo brasileiro de controle judicial de constitucionalidade, enfocando a arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de garantia de eficácia dos direitos sociais fundamentais. Para tanto, faz-se incursão sobre a adequação da ADPF como instrumento processual hábil à realização dos direitos sociais diante de omissões legislativas. Procede-se à análise da ADPF nº 45, discorrendo sobre a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao STF e a relação entre a retórica da reserva do possível e a omissão legislativa na seara do direito à saúde.

Palavras-chave: Direitos sociais fundamentais; omissão legislativa; arguição de descumprimento de preceito fundamental.

RESUMEN

SILVA, L.P.C. Denuncia de violación de precepto fundamental: instrumento de garantía de los derechos sociales fundamentales en la Constitución Federal de 1988

En este estudio se analiza el sistema de revisión judicial de la constitucionalidad y abstracta por intermedio de la denuncia de violación del precepto fundamental (ADPF), como instrumento de eficacia social y jurídica de los derechos sociales fundamentales y de la supresión de las omisiones legislativas. La tesis se divide en tres capítulos. En el primer capítulo, es la contextualización de los derechos sociales fundamentales en un Estado Democrático de Derecho en la Constitución de 1988, haciendo el estudio de la naturaleza y clasificaciones y abordando la carga axiológica de los derechos y garantías en el ordenamiento jurídico. También se analiza la relación entre el principio de separación de poderes y la efectividad de los derechos sociales fundamentales. El segundo capítulo, aborda acerca de las categorías de análisis de aplicabilidad y integridad de las normas constitucionales, así como de la justiciabilidad y de los límites de actuación del Poder Judicial en la área de las omisiones legislativas. Trae consideraciones acerca de la Teoría General del Derecho Público, específicamente acerca de la aplicabilidad consagradoras de los derechos sociales fundamentales, además de esclarecer el contexto de legitimación de la jurisdicción constitucional en relación à efetividad de los derechos sociales. En el tercer capítulo, se estudia el modelo brasileño de la revisión judicial de la constitucionalidad, centrándose en la denuncia de violación del precepto fundamental como herramienta para garantizar la efectividad de los derechos sociales fundamentales. Por lo tanto, es incursión acerca de la adecuación de ADPF como instrumento procesual experto en protección de los derechos sociales frente a las omisiones legislativas. Hace el análisis de la ADPF ° 45, discutiendo la dimensión política de la jurisdicción constitucional asignada a STF y la relación entre la retórica de la reserva del posible y la omisión legislativa en la área del derecho a la salud.

Palabras-llave: Derechos sociales fundamentales; omisión legislativa; denuncia de violación del precepto fundamental.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CFB – Constituição Federal Brasileira

E.U.A. – Estados Unidos da América

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

LOA – Lei do Orçamento Anual

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

ONU – Organização das Nações Unidas

OGU – Orçamento Geral da União

PPA – Plano Plurianual

PSDB - Partido da Social Democracia Brasileira

RISTF - Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

SUS - Sistema Único de Saúde

SS - Suspensão de Segurança

STA - Suspensão de Tutela Antecipada

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1	16
DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS E A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	16
1.1 Delimitação histórica e influências na Constituição Federal de 1988	16
1.2 Fundamentalidade dos direitos sociais fundamentais.....	22
1.3 Conceito e classificação dos direitos sociais fundamentais.....	25
1.4 Princípio da separação dos poderes e direitos sociais fundamentais	29
CAPÍTULO 2	34
CATEGORIAS DE ANÁLISE PARA REALIZAÇÃO NORMATIVA DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS	34
2.1 Eficácia das normas constitucionais e justiciabilidade de direitos	34
2.2 Controle judicial dos direitos sociais fundamentais: alcance e legitimidade na tutela dos direitos sociais fundamentais	45
2.3 (In) completude do ordenamento: silêncio eloquente, lacuna e omissão inconstitucional.....	55
2.4 Limites aos direitos sociais fundamentais: teorias e fundamentos	60
CAPÍTULO 3	68
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	68
3.1 Controle judicial de constitucionalidade no modelo brasileiro	68
3.1.1 Conceito, supremacia e rigidez da Constituição	68

3.1.2 Sistemas de controle judicial de constitucionalidade.....	77
3.1.2.1 Controle difuso	79
3.1.2.2 Controle concentrado	82
3.1.3 Parâmetro para controle judicial de constitucionalidade	86
3.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	88
3.2.1 Inserção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro e delimitação de preceito fundamental	88
3.2.2 Hipóteses de cabimento, princípio da subsidiariedade, legitimidade para propositura, eficácia e efeitos da decisão.....	94
3.2.3 Instrumento de realização dos direitos sociais fundamentais diante das omissões legislativas inconstitucionais.....	98
3.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45: retórica da reserva do possível e a omissão legislativa em sede de direito à saúde	107
CONCLUSÃO.....	115
REFERÊNCIAS	120

INTRODUÇÃO

A pesquisa objetiva estudar o sistema de controle judicial e abstrato de constitucionalidade por via da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) como instrumento de eficácia social e jurídica dos direitos sociais fundamentais e de colmatação das omissões legislativas, com análise exemplificativa da ADPF nº 45. Ademais, o estudo pretende analisar os direitos sociais fundamentais a partir de sua carga axiológica oferecida como paradigma ao bloco de constitucionalidade e desvendar o alcance e legitimidade da intervenção do Poder Judiciário na realização de direitos sociais fundamentais.

Neste contexto, importa elucidar os conceitos de completude do ordenamento jurídico à luz das omissões legislativas inconstitucionais, para que sejam aclarados os instrumentos de controle judicial de constitucionalidade para efetivação dos direitos sociais fundamentais. Por derradeiro, almeja-se contrapor a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo ao ativismo do Poder Judiciário no que concerne à eficácia dos direitos sociais fundamentais, sobretudo quanto à saúde, questionando o âmbito de intervenção das decisões judiciais nas escolhas políticas da sociedade brasileira.

O estudo surgiu a partir da análise de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em ações coletivas e mandados de injunção¹, cujos pedidos objetivam a colmatação do ordenamento jurídico para suprir as omissões legislativas impedientes do exercício dos direitos sociais fundamentais.

Os processos que envolvem lacunas legislativas despertaram a curiosidade de conhecer o pensamento do guardião da Constituição Federal, como órgão máximo de interpretação desta, e os instrumentos colocados à sua disposição para realização dos direitos sociais fundamentais. Destarte, os meandros desta discussão jurídica precisam

¹ A título exemplificativo: Mandado de Injunção nº 3002/STF impetrado pelo Sindicato dos Odontologistas do Estado de Minas Gerais em desfavor do Presidente da República e do Município de Uberlândia, que trata da falta de norma regulamentadora federal e municipal sobre a inclusão do adicional de insalubridade na base de cálculo da aposentadoria dos odontologistas.

envolver as categorias de análise: justiciabilidade, aplicabilidade, completude e limites em sede da eficácia dos direitos sociais fundamentais.

Diante da constatação de que as referidas omissões corroboram com a inefetividade dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, o presente estudo concentra-se em analisar o fenômeno da justiciabilidade dos direitos sociais fundamentais enquanto direitos subjetivos de eficácia imediata e plena, e não meras recomendações sob o estigma de normas programáticas e condicionamento da teoria da reserva do possível.

Pretende, ainda, discorrer, com fundamento no julgamento da ADPF nº 45, sobre o controle judicial de constitucionalidade como meio eficiente ao combate da síndrome da inefetividade das normas constitucionais. Sobreleva-se, por conseguinte, a função do Poder Judiciário, com enfoque na jurisprudência do STF e na valorização da ADPF enquanto universo de análise, diante da inércia do Poder Legislativo.

Deste modo, mister verificar se este instrumento processual tem o condão de promover a realização da justiça na questão submetida à apreciação judicial, mesmo que, nesta senda, seja necessário interferir na competência primeva dos demais Poderes, dando força autônoma da lei ao comando judicial garantidor do direito.

O fenômeno da inefetividade das normas constitucionais garantidoras dos direitos sociais fundamentais coadunado à inércia dos Poderes Executivo e Legislativo em efetivar normas de eficácia limitada e ao ativismo judicial determinou que esta pesquisa questione: Primeiramente, qual o alcance da atuação do Poder Judiciário para promover a eficácia dos direitos sociais fundamentais? A partir desta análise dos limites legítimos de atuação do Poder Judiciário, adentra-se no questionamento principal: a arguição de descumprimento de preceito fundamental constitui instrumento eficiente a conceder efetividade aos direitos sociais fundamentais diante das omissões legislativas?

A metodologia de estudo fundamenta-se na pesquisa bibliográfica, baseando-se no entendimento de diversos estudiosos para alcançar arcabouço teórico-interpretativo e convergir a uma conclusão inteligível e coerente. Nesse sentido, para que o estudo

demonstre a viabilidade de sua conclusão, ao longo da pesquisa foram realizadas citações correspondentes às referências constantes do final do trabalho que se revelaram ricas sobre o tema.

Com fulcro na pesquisa documental, faz-se mister a análise da jurisprudência do STF, bem como diplomas legais, principalmente da Lei Federal nº 9.882/99 que rege o procedimento da ADPF, Constituição Federal do Brasil de 1988, todos concebidos como fontes primárias que servem de embasamento e comparação para os estudos desenvolvidos.

A pesquisa pressupõe, além do exame das fontes primárias escritas oficiais, como os documentos públicos (Constituição Federal, leis e ADPF nº 45), o estudo de fontes secundárias (doutrina jurídica). Deste modo, necessário perceber que tanto a pesquisa teórica quanto a pesquisa documental desenvolvidas realizam documentação indireta, haja vista que levantam dados em diversas fontes (livros, periódicos, dissertações de mestrado, leis federais, Constituição Federal e julgados do STF) por intermédio do recolhimento de informações prévias.

O procedimento metodológico açambarca o método dedutivo de abordagem, pelo qual a conclusão deve ser verdadeira se as premissas também o são. Destarte, a necessidade de explicação não está nas premissas (inércia do Poder Legislativo), mas sim na relação entre as premissas e a conclusão que sufragam (justiciabilidade dos direitos sociais fundamentais). De fato, a pesquisa se propõe a ir além da dedução lógica, não somente explicando ou reproduzindo a teoria da aplicabilidade dos direitos sociais fundamentais, pois a mera dedução não é suficiente para averiguar a verdade da conclusão a ser alcançada.

A pesquisa consagra, ainda, a abordagem normativa-analítica, a abordagem normativa-hermenêutica e normativa argumentativa-retórica. Sob esta perspectiva, e com o escopo de ampliar a visão sobre o tema, não se olvida da apresentação de noções introdutórias sobre as origens dos direitos sociais fundamentais, conceito e classificações, adentrando, em seguida, na seara da justiciabilidade das políticas públicas e omissões legislativas e, posteriormente, no controle de constitucionalidade por via da arguição de

descumprimento de preceito fundamental como garantia de efetividade dos direitos fundamentais.

A contextualização dos direitos sociais fundamentais possibilita a configuração contemporânea de eficácia dos direitos sociais fundamentais, inferindo as razões da incompletude legislativa neste âmbito. O estudo histórico faz-se presente em razão da correlação entre o resgate do ideário dos direitos sociais fundamentais e a decisão do STF na ADPF nº 45.

O procedimento técnico consiste na utilização da técnica de análise textual, temática e interpretativa em conformidade com o tipo de pesquisa teórica e o procedimento metodológico dedutivo. Para coadunar-se ao tipo de pesquisa documental, o método empreendido é a técnica de apontamentos históricos cumulada com a análise de conteúdo. Com o escopo de que a teoria atinja seu objetivo e alcance inferências verossímeis, nota-se a impescindibilidade de estudo de conceitos argumentativos da teoria jurídica afeta à dogmática, especificamente relacionados à Teoria Geral do Direito Público, partindo de normas para elaborar construções teóricas.

A análise textual compõe-se pelas leituras preliminares, com apontamentos e com elaboração de esquemas sobre a doutrina especializada na Lei Federal n.º 9.882/99 e no Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal. A análise temática compõe-se pela compreensão do assunto lido nas obras referenciais, pela constatação dos problemas existentes nelas e pelo reconhecimento da ideia defendida pelo pesquisador com fulcro nos compêndios da Ciência Jurídica. A análise interpretativa almeja a compreensão do texto e a formulação de críticas. Nesse sentido, todos estes procedimentos técnicos acarretam o registro do contexto, embora fundados nas fontes de segunda mão (doutrina do Direito).

O estudo de conteúdo da Lei Federal n.º 9.882/99 e dos direitos sociais previstos na Constituição Federal partiu do critério qualitativo afeto à complexidade dos direitos envolvidos e dos instrumentos cabíveis para sua efetivação. Converge-se para a afirmação de que, ante a jurisprudência constitucional brasileira produzida desde 1988, a amostra da pesquisa concentra-se na via processual das ADPFs, que versam sobre

prestações sociais implementadas pelo Estado, dando específica atenção ao objeto e julgamento da ADPF nº 45.

Diante do embate posto no julgado mencionado entre a retórica da reserva do possível e o direito à saúde, a pesquisa analisou a decisão prolatada na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175, que trouxe importantes contribuições quanto à fixação de critérios para interveniência do Poder Judiciário em políticas públicas referentes à saúde. A unidade de análise consiste no próprio STF, tendo por critério de pesquisa o direito à saúde como mínimo existencial a ser assegurado pelo Estado.

Deflui-se que a análise de conteúdo almeja alcançar resultados a partir da pré-análise (esquema de desenvolvimento), análise do material (coleta das informações junto à jurisprudência do STF) e tratamento dos resultados (descodificação do julgamento da ADPF nº 45). A pesquisa preocupa-se, ainda, em investigar e descrever a relevância do tema abordado no sentido de alcançar hipóteses lógicas e aplicáveis ao controle de constitucionalidade como mecanismo serviente à eficácia social e jurídica dos direitos sociais fundamentais, o que converge para coerentes estudos posteriores.

O estudo desenvolvido, partindo do pressuposto da judicialização dos direitos sociais fundamentais, almeja, por derradeiro, trazer considerações ao conhecimento da ciência jurídica quanto ao papel do instrumento processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental na seara da efetividade dos direitos sociais fundamentais. Desta forma, consagra-se no caso concreto o disposto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal Brasileira e, por conseguinte, vislumbra-se que a dimensão programática das normas convive com os direitos e sua respectiva eficácia, de modo a afastar a visão desta dimensão como mera proclamação de cunho ideológico e político.

CAPÍTULO 1

DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nos quadrantes do trabalho pretende-se, neste capítulo, contextualizar os direitos sociais fundamentais na Constituição Federal de 1988, perfazendo o estudo sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, conceito, tipologia e características destes. Abordará, ainda, a carga axiológica dos direitos e garantias no sistema normativo e o embate entre o princípio da separação dos poderes e a efetividade dos direitos sociais fundamentais. As considerações deste capítulo revelam-se importantes para prefaciar as conclusões afetas à relação entre a realização normativa dos direitos sociais fundamentais e o instrumento processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

1.1 Delimitação histórica e influências na Constituição Federal de 1988

A civilização vivenciou processos revolucionários no século XVIII, que se fundamentaram, entre outros fatores, em preceitos jusnaturalistas e, gradativamente, viabilizaram a transmutação dos direitos estamentais em direitos fundamentais do homem². Sob a influência do positivismo jurídico, o ser humano percebeu a insuficiência do *jus cogens* para tutelar sua esfera de direitos e, desta forma, visando à garantia de sua

² Silva (2004, p. 178): “Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17.”

liberdade, propriedade e igualdade, cresceu a movimentação para estabelecer escrituras garantistas.³

Para contextualizar os direitos sociais fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988 (a partir deste momento denominada CFB de 1988) importa fazer breve anotação (sem intuito de adentrar com profundidade no assunto por não ser o enfoque deste trabalho) sobre as contribuições norte-americana e francesa ao constitucionalismo liberal ou clássico iniciado no final do século XVIII e vivenciado até o final da Primeira Guerra Mundial, bem como as implicações do constitucionalismo moderno e contemporâneo.

A experiência norte-americana foi marcada por dois vetores essenciais. O primeiro deles consiste na supremacia da Constituição, exprimindo a ideia de que esta fixa as regras do jogo político e, via direta, está acima dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais devem participar deste jogo sob os ditames e preceitos constitucionais.

O segundo fundamento do constitucionalismo norte-americano converge para a legitimação do Poder Judiciário para assegurar a supremacia da Constituição, sendo escolhido por ser o mais neutro dentre os Poderes sob a ótica política. A garantia jurisdicional resta clarividente no exercício do controle de constitucionalidade, surgido nos Estados Unidos da América (E.U.A.), em 1803, a partir do caso *Marbury versus Madison*.

As contribuições da experiência francesa concentram-se nas ideias de garantia de direitos e de separação dos poderes, sem as quais não existiria verdadeiramente uma Constituição, consoante preceito disposto no art. 16º da Declaração Universal dos

³ Impende nomear as declarações de direitos inglesas do século XVII que lastreiam, ainda hoje, as bases dos direitos fundamentais: *Petition of Rights* (1628); *Habeas Corpus Act* (1679); *Bill of Rights* (1689); *Establishment Act* (1701). Pode-se citar também, na perspectiva de estudo das bases dos direitos fundamentais, a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia (1776), a Declaração Francesa (1789) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Direitos do Homem e do Cidadão (1789)⁴: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

No paradigma apresentado, surge a primeira dimensão dos direitos fundamentais, inicialmente teorizada pelo polonês Karel Vasak, em 1979⁵. No Brasil, ganhou espaço na doutrina de Paulo Bonavides (2008, p. 560-572), que formulou divisão dos valores em dimensões de direitos fundamentais, associadas aos lemas da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Quando essa teoria surgiu falava-se em geração de direitos, exprimindo a ideia de que uma substitui a anterior, todavia tornou-se mais adequado, e ainda não perfeito, falar-se em dimensões de direitos, que designam a convivência entre estes, e não a superação de um direito por outro.

A complexidade dos meios e modos de vida e a expansão do discurso defensivo dos direitos fundamentais determinaram a positivação destes nas Constituições e convenções internacionais, estruturando-se em diversas dimensões, segundo Paulo Bonavides (2008, p. 560-572): direitos civis e políticos (liberdades públicas); direitos sociais, econômicos e culturais (igualdade); direitos coletivos (solidariedade e fraternidade); e democracia, informação e pluralismo (globalização).

A CFB de 1988 consagrou vários destes direitos fundamentais, ainda que de modo implícito. Neste espectro amplo de direitos e garantias, o controle de constitucionalidade instaura-se como ferramenta importante no sentido de conceder eficácia jurídica e social aos direitos fundamentais.

A primeira dimensão está ligada ao valor liberdade⁶, dando ensejo aos direitos civis e políticos. Estes são direitos individuais e têm caráter negativo (*status negativus*

⁴ Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 17 fev 2013.

⁵ Bonavides (2008, p. 563) menciona que a lição de Karel Vasak foi apresentada na aula inaugural dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo.

⁶ A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 4º, dispõe que “a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de

na classificação de Jellinek), pois exigem uma abstenção do Estado, e não uma ação positiva. No que tange a tais direitos fundamentais converge-se inequivocamente para sua aplicabilidade direta e imediata.

Nessa fase, emerge a primeira institucionalização coerente do Estado de Direito, denominado Estado Liberal, cujas características principais podem ser assim sintetizadas: a) os direitos fundamentais correspondem aos direitos da burguesia (liberdade e propriedade com caráter apenas formal), pois, em que pese serem atribuídos a todos, antes deste período só realmente eram efetivados para as classes prestigiadas socialmente (nobreza e clero); b) a limitação do Estado pela lei estende-se ao soberano; c) o princípio da legalidade da Administração Pública determina que esta só age dentro dos parâmetros da lei; d) a atuação do Estado se limita à defesa da ordem e segurança públicas (Estado Mínimo), intervindo o mínimo possível.

O constitucionalismo moderno ou social pode ser encaixado na história a partir do fim da Primeira até a Segunda Guerra Mundial e, sem romper totalmente com o paradigma ora exposto, instaura uma nova dimensão dos direitos constitucionais. Atentando para a incapacidade do Estado de atender todas as demandas sociais, teoriza-se a segunda dimensão dos direitos fundamentais ligados ao valor igualdade, que pressupõe prestações por parte do Estado e abrange os direitos sociais, econômicos e culturais no intento de promover a igualdade material, e não meramente formal perante a lei.

As primeiras Constituições que abordaram expressamente os direitos de segunda dimensão foram a Constituição Mexicana de 1917 e a Alemã (Weimar) de 1919, sendo esta a que mais ganhou destaque. No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934 (SILVAA, 2004, p. 284).

A CFB de 1988 constitui uma reação ao regime ditatorial que perdurou no Brasil no período de 1964 a 1985 e, justamente para firmar a posição de superioridade dos valores humanos, os princípios e direitos fundamentais foram inseridos nos Títulos I e II

cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.”

da Carta Magna, antes mesmo das disposições referentes à organização do Estado (Título III). Os direitos sociais fundamentais ganharam capítulo reservado (Capítulo II, do Título II). Esta circunstância foi observada por Sarlet (2009, p. 66):

Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais. Além disso, a própria utilização da terminologia “direitos e garantias fundamentais” constitui novidade, já que nas Constituições anteriores costumava utilizar-se a denominação “direitos e garantias individuais”, desde muito superada e manifestamente anacrônica, além de desafinada em relação à evolução recente no âmbito do direito constitucional e internacional. A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático.

Com a transmutação do parâmetro constitucional, as garantias institucionais passam a não ser mais concedidas exclusivamente aos indivíduos, mas sim às instituições, como a família, a imprensa livre e o funcionalismo público, aflorando o Estado Social, que busca superar o antagonismo entre igualdade política e desigualdade social a partir da intervenção nos domínios social, econômico e laboral (Estado Intervencionista).

O constitucionalismo contemporâneo enquadraria-se após o fim da Segunda Guerra Mundial (1945) e coaduna-se à corrente filosófica do pós-positivismo, que busca o equilíbrio entre o jusnaturalismo e o positivismo. Ocorre nesta fase a reaproximação entre moral e direito e a elevação dos princípios à categoria de norma jurídica, haja vista que antes princípio era considerado mero conselho e a norma, sim, era de cunho obrigatório.

Diante do resgate moral, propiciou-se a teorização da terceira e quarta dimensões dos direitos fundamentais, aqueles ligados à fraternidade ou solidariedade, e estes relacionados à globalização. Segundo Paulo Bonavides (2008, p. 569), os direitos

de terceira dimensão são: direito ao desenvolvimento; direito à paz⁷; direito ao meio ambiente; direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade; e direito de comunicação. Consagra, ainda, os direitos transindividuais (coletivos). A quarta dimensão de direitos, consoante Paulo Bonavides (2008, p. 571), engloba três direitos, quais sejam pluralismo, democracia e informação.

As dimensões de direitos ganharam repercussão internacional e a preocupação do Estado de Direito com o respeito estrito às normas já não se justifica diante dos anseios do Estado Democrático de Direito. Este se concentra na força normativa da Constituição, de modo que todos estão submetidos à lei, inclusive o próprio Poder Legislativo. Destaca-se, no Estado Democrático de Direito, a preocupação com a efetividade e com a dimensão material dos direitos fundamentais, de forma a viabilizar a transposição para a realidade dos direitos consagrados pela lei.

Inevitavelmente, neste momento constitucional, observa-se que a limitação do Poder Legislativo no que concerne aos direitos fundamentais abrange os aspectos formal e material, uma vez que a produção legislativa deve obedecer ao trâmite procedural e às garantias dos indivíduos postas no ordenamento jurídico. Por consequência, emerge a proibição do retrocesso e a aplicação direta da Constituição, até mesmo, nas relações entre particulares, ensejando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, relacionada à teoria dos deveres de proteção, assim cunhada por Sarmento (2008, p. 220):

Na verdade, a teoria dos deveres de proteção baseia-se na idéia correta de que cabe ao Estado proteger os direitos fundamentais dos particulares ameaçados pela conduta de outros particulares. Contudo, a premissa em que ela se lastreia – de que só o Estado estaria vinculado aos direitos fundamentais –, parece francamente inadequada à realidade da vida moderna, além de eticamente justificável. Não bastasse, aceitar a existência dos deveres de proteção e negar a vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais encerra uma evidente contradição, já que, do ponto de vista lógico, só faz sentido obrigar o Estado a impedir uma lesão a um direito fundamental causada por particular, se se aceitar também que ao particular

⁷ SARLET (2009, p. 52-53) anota observação feita por Paulo Bonavides no que concerne à tendência de que o direito à paz se torne uma dimensão própria, no caso a quinta dimensão, sob o fundamento de que a paz (interna e externa), em todos os sentidos que possa assumir, é condição para a democracia, o desenvolvimento e o progresso social, econômico e cultural, pressuposto (embora não exclusivo) para a efetividade dos direitos humanos e fundamentais de um modo geral.

em questão não é lícito causar aquela lesão – vale dizer, que ele também está vinculado ao respeito do direito fundamental.

Nesta senda, importa elucidar que a jurisdição constitucional interpõe-se como instrumento de proteção da relação entre Estado e indivíduo e entre os próprios indivíduos, aludindo sempre à supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais. Constitui-se, assim, o inter-relacionamento entre o Estado Democrático e o neoconstitucionalismo, com a atenção voltada à normatividade, superioridade e centralidade da Constituição, bem como para consagração gradativa de valores e opções políticas, espelhada pelo pluralismo de ideias a partir do qual surgem conflitos em abstrato ou em concreto a serem solucionados pelo Poder Judiciário com esquele na ciência da hermenêutica.

Procedendo a uma análise conjectural, o constitucionalismo do futuro tende a buscar o equilíbrio entre as conquistas do constitucionalismo moderno e os excessos praticados pelo constitucionalismo contemporâneo (excessos neoconstitucionalistas). Segundo José Roberto Dromi (1997, p. 108-113), as Constituições futuras, que observem os direitos humanos consolidados internacionalmente, provavelmente terão previsão dos valores fundamentais da solidariedade, verdade, continuidade, participação, integração, universalização e consenso.

1.2 Fundamentalidade dos direitos sociais fundamentais

Os direitos fundamentais trazem intrínsecos a si a característica da fundamentalidade, que, de acordo com a lição do filósofo alemão Robert Alexy⁸, aponta

⁸ Robert Alexy (1993, p. 503-504): “La importancia de las normas iusfundamentales para el sistema jurídico resulta de dos cosas: de su fundamentalidad formal y de su fundamentalidad material. *La fundamentalidad formal* de las normas iusfundamentales resulta de su posición en la cúspide de la estructura escalonada del orden jurídico en tanto derecho directamente vinculante para la legislación, el poder ejecutivo y el poder judicial. Lo que ello significa lo muestra la contraposición de dos modelos constitucionales extremos, el puramente procedural y el puramente material. En el *modelo puramente procedural*, la Constitución contiene exclusivamente normas de organización y procedimiento. Referido a la legislación, esto significa que la Constitución no excluye directamente nada como contenido posible del derecho positivo. Todo lo que es creado de acuerdo con el procedimiento y las formas previstos a tal efecto es derecho positivo. [...] Lo opuesto al modelo puramente procedural es el *modelo puramente material*. Mientras que una Constitución que responde al modelo puramente procedural es posible sin más, cabe dudar de la posibilidad de una Constitución que responda al modelo puramente material. Sin embargo, por razones sistemáticas, es interesante echar una mirada a este modelo. En el modelo puramente material, la Constitución contiene exclusivamente normas materiales a

para a proteção dos direitos num sentido formal e material. A fundamentalidade formal relaciona-se ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, tratando-se de direitos de natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional; c) cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, §1º, da CF) (SARLET, 2009, p. 74-75).

A fundamentalidade material decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, §2º, da CF) que a noção de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais. Somente a análise de conteúdo permite a verificação da fundamentalidade material (SARLET, 2009, p. 75).

Luigi Ferrajoli (1999, p. 37) formulou proposta de uma definição formal de direitos fundamentais com base no critério da titularidade universal, desvinculando-se da natureza dos interesses e necessidades tutelados, de modo que fundamentais são todos os direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos:

[...] derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

A proposta teórico-conceitual a respeito da fundamentalidade dos direitos previstos na Constituição Federal impõe que se considere uma dupla dimensão

partir de las cuales, a través de operaciones metódicas, cualquiera que sea su configuración, puede obtenerse el contenido de cada norma jurídica del sistema jurídico.”

assentada nos direitos objetivos e subjetivos. Importa mencionar a análise sobre aspectos fundamentais para a compreensão da perspectiva dos direitos fundamentais, considerando num primeiro aspecto que tanto as normas de direitos fundamentais, que consagram direitos subjetivos individuais, quanto as que impõem apenas obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos podem ter a natureza de princípios ou de regras. Inexiste, entremes, um paralelismo necessário entre as regras e a perspectiva subjetiva e, por outro lado, entre princípios e perspectiva objetiva, de tal sorte que se pode falar em regras e princípios consagradores de direitos subjetivos fundamentais, bem como regras e princípios meramente objetivos. (SARLET, 2009, p. 144).

Num segundo aspecto, deve-se distinguir a significação de perspectiva objetiva de seu aspecto axiológico, expressando uma ordem de valores fundamentais objetivos e a mais-valia jurídica, no sentido de um reforço para a juridicidade das normas de direitos fundamentais, para além da perspectiva subjetiva. No terceiro desdobramento, destaca-se a eficácia dirigente que os direitos fundamentais, inclusive os que precípuamente exercem a função de direitos subjetivos, desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Os direitos fundamentais contêm uma ordem dirigida ao Estado, imputando-lhe a obrigação permanente de concretização e realização destes (SARLET, 2009, p. 144-146).

Feitas breves anotações sobre a fundamentalidade dos direitos fundamentais, necessário abranger nesta visão os direitos sociais, que, por integrar o patrimônio da humanidade e serem reconhecidos e afirmados num processo de revolução histórica, passaram a ser o sustentáculo de todo o ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser o escopo a ser alcançado pela jurisdição e interpretação do Direito. A fundamentalidade dos direitos sociais tem como um de seus pilares o fato de estarem encartados expressamente na Constituição Federal, sob o pálio das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, inc. IV, CFB).

Os direitos sociais fundamentais funcionam como o esteio dos demais direitos, ordenando valores que se espalham por todo o ordenamento jurídico e direcionando a atuação dos Poderes Públicos. Justamente na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais, que caracterizam sua fundamentalidade,

servem como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais (SARLET, 2009, p. 147).

As diretrizes concedidas pelos direitos sociais promovem o entrelaçamento entre a eficácia irradiante dos direitos fundamentais⁹ e a teoria dos deveres estatais de proteção, vinculando o Poder Público, que passa a ocupar a posição de devedor de prestações sociais e, concomitantemente, a função de parceiro das demais instituições no aprimoramento dos meios de promoção e extensão dos direitos a todos, de forma a viabilizar o maior anseio dos direitos sociais: a promoção da igualdade.

Os direitos sociais exprimem o alcance de bens ligados à satisfação de necessidades primevas e, por consequência, estando o indivíduo privado dos bens mínimos à sua existência digna não terá condições de exercer os direitos relacionados às liberdades públicas (direitos civis e políticos). Nesta perspectiva, constitui dever do Estado afeto à segunda dimensão prestar os direitos sociais e, por consequência, viabilizar o pleno exercício da liberdade de escolha e autonomia individual (direitos de primeira dimensão). Emerge, assim, a relação de complementaridade entre as liberdades públicas e os direitos sociais e, em última análise, a fundamentalidade dos direitos sociais como meio de alcance e pressuposto de todos os demais direitos.

1.3 Conceito e classificação dos direitos sociais fundamentais

Consoante os objetivos deste trabalho, a conceituação dos direitos sociais fundamentais circunscrever-se-á aos ideários da CFB de 1988 afetos aos direitos prestacionais, não abrangendo os liames do direito do trabalhador. Concentrará, via direta, na apresentação de noções doutrinárias sobre o conceito, classificação e características dos direitos sociais fundamentais, sem imiscuir-se na abordagem destes

⁹ Sarlet (2009, p. 147): Como primeiro desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, costuma apontar-se para o que a doutrina alemã denominou de uma eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que, ademais, pode ser considerada – ainda que com restrições – como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição.

em convenções internacionais nem diplomas estrangeiros. A restrição justifica-se pela densidade significativa do tema e pela necessidade de abordar o espectro brasileiro das posições jurídicas viabilizadas pela normatividade e efetividade dos direitos sociais.

Robert Alexy (1993, p. 482) assim conceitua os direitos sociais fundamentais:

Los derechos a 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 – podería obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto.

José Afonso da Silva (2004a, p. 285-286) traz o seguinte conceito de direitos sociais:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Wandimara Pereira dos Santos Saes (2008, p. 67) define os direitos sociais:

Em sua formulação conceitual em sentido jurídico-objetivo, os direitos sociais constituem o conjunto de preceitos constitucionais fundamentais que regulam a atividade estatal de implementação da justiça distributiva. Em sentido jurídico-subjetivo, os direitos sociais são direitos fundamentais subjetivos a prestações privadas ou estatais, que viabilizam a provisão das necessidades materiais e espirituais indispensáveis à emancipação humana social e à concretização do Bem Comum.

Diante dos conceitos esposados, extrai-se uma particularidade em comum, qual seja a definição dos direitos sociais como prestações positivas a serem proporcionadas pelo Estado e que o vinculam à promoção da igualdade. O princípio da igualdade deve partir da proporcionalidade em conceder o acesso ao direito por um indivíduo a fim de sanar a desigualdade, observando sempre que este acesso deve ser estendido a todos, caso contrário estar-se-á propriamente a maximizar a desigualdade, violando a

isonomia. Queda exatamente na possibilidade de universalização da medida um dos critérios para concessão judicial de direitos sociais.

Acrescente-se que os direitos sociais podem não ser de conduta positiva necessária e, neste ponto, cumpre adentrar na respectiva classificação. Diante da adstrição deste trabalho, não se fará extensa discussão sobre as diversas propostas classificatórias apresentadas por estudiosos, limitando-se a elucidar aquelas que contribuam para o entendimento da justiciabilidade dos direitos sociais.

Os direitos sociais fundamentais podem ser divididos em direitos negativos (defesa ou resistência) e direitos positivos (prestações)¹⁰. A primeira designação refere-se aos direitos a não-intervenção do Estado ou de outros particulares na esfera dos bens individuais. Podem ser também faculdades de agir, liberdades, ou seja, o Estado não pode impedir que o cidadão haja de acordo com o que a Constituição autoriza.

A segunda designação remonta aos direitos positivos (prestações), que exigem uma atuação positiva do Poder Público ou do particular. Estes subdividem-se em direitos sociais jurídicos ou normativos (ex. dever de legislar do Estado) e direitos sociais fáticos ou materiais (ex. dever de fornecer saúde do Estado)¹¹.

Robert Alexy (1993, p. 484) menciona direitos sociais fundamentais como direitos a prestações em sentido estrito e classifica as normas que os regem de acordo com três critérios: as normas podem conferir direitos subjetivos ou obrigar o Estado de modo objetivo; podem ser normas vinculantes ou não vinculantes; podem fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*.

¹⁰ SARLET e FIGUEIREDO (2008, p. 14): [...] os direitos sociais abrangem tanto direitos (posições ou poderes) a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos negativos ou ações negativas), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos à não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão ‘positiva’ (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade), ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também de particulares.

¹¹ Robert Alexy (1993, p. 194-195) aduz que os direitos do cidadão perante o Estado a ações positivas podem dividir-se em dois grupos. Um abrange os direitos cujo objeto consiste numa ação fática, os direitos prestacionais, e o segundo converge para os direitos de ação normativa, que presumem atos estatais de imposição de norma.

Cristina Queiroz (2006, p. 27-28), partindo da sistematização constitucional, faz o seguinte “esquema de direitos”, adotando a terminologia de Gomes Canotilho: direitos *stricto sensu*, correspondendo uns ao chamado *status positivus* e outros ao *status activus*, isto é, direito inerentes ao homem como indivíduo ou como participante na vida pública; liberdades, que correspondem ao *status negativus*, apontando para a defesa da esfera dos cidadãos perante os poderes públicos; garantias, que recobrem o chamado *status activus processualis*, traduzindo-se na ordenação dos meios processuais e administrativos adequados para a defesa desses direitos e liberdades no seu conjunto.

Remontando à “teoria do *status*” de Georg Jellinek¹², os direitos de participação em sentido amplo resultam assim ordenados: direitos do *status activus* (direitos de cidadania ativa), ou seja, direito de participação nas instituições e procedimentos do Estado – direitos de voto, de acesso a cargos públicos; direito do *status positivus* (direitos a prestações em sentido amplo), que se subdividem em *status positivus libertatis* (pretensões de proteção) e em *status positivus socialis* (direitos de participação em sentido estrito).

Ingo Wolfgang Sarlet (2009, 167-207) congrega várias facetas das classificações supramencionadas, que serão a seguir resumidas: quanto à natureza da prestação, subdividem-se em direito a prestações jurídicas normativas e direito a prestações materiais; quanto à posição jurídica conferida, subdividem-se em direitos a prestações em sentido amplo (direitos de proteção e participação na organização e procedimento) e direitos a prestações em sentido estrito (direitos prestacionais); quanto à fonte normativa, bipartem-se em direitos originários a prestações (possibilidade de reconhecer-se um direito subjetivo à prestação que se constitui no objeto precípuo do direito fundamental consagrado a partir da norma constitucional e independentemente de qualquer mediação legislativa) e direitos derivados a prestações (posições jurídico-prestacionais já concretizadas pelo legislador, sob as quais não há dúvida quanto à possibilidade de gerar direito subjetivo); quanto à determinabilidade de sua prestação, podem ser direitos de prestação determinada (a prestação devida é inequivocamente fixada nas hipóteses normativas) e direitos de prestação indeterminada (a definição da

¹² System der subjektiven öffentlichen Rechts, 2^a ed., Tübingen, 1905, pp. 86 ss, e Allgemeine Staatslehre, 3^a ed., 7^a reimpr., Darmstadt, 190, pp. 416 ss. Citado por Cristina Queiroz, 2006, p. 28.

prestação e do *quantum* deve ser dada não está fixada); quanto à titularidade da obrigação, em direitos sociais de prestação estatal (devidos pelo Estado – ex.: educação) e direitos sociais de prestação privada (devidos pelos particulares e fiscalizados pelo Estado – ex.: direitos laborais); quanto à titularidade do benefício, em direitos sociais universais (destinados a todos – ex.: saúde) e direitos sociais especiais (destinados a determinadas classes de pessoas – ex.: idosos).

Anotados os conceitos e classificações dos direitos sociais fundamentais, essencial considerar as características destes, sintetizadas por José Afonso da Silva (2004a, p. 181) em historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. A estas peculiaridades acrescente-se a noção de fundamentalidade, aplicabilidade imediata, inderrogabilidade, bifrontalidade, vinculatividade, garantismo constitucional, transcendência de proteção, justiciabilidade, progressividade e irreversibilidade¹³.

Em arremate, extraí-se que, em sua maioria, os direitos sociais fundamentais referem-se a direitos que se coadunam a deveres do Estado, demandando ora uma interposição legislativa, ora a execução de uma política pública, e em outros momentos a ação para fiscalizar a eficácia dos direitos perante a esfera privada. Face ao grau de significação e a carga axiológica dos direitos sociais, a negligência do Estado na universalização destes, no paradigma do Estado Democrático de Direito, provoca a falência das perspectivas mínimas de vida digna de um cidadão.

1.4 Princípio da separação dos poderes e direitos sociais fundamentais

A divisão dos poderes e a independência dos Poderes não é absoluta, uma vez que subsiste um sistema de freios e contrapesos em busca do equilíbrio necessário entre as diversas funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária). Segundo Temer (1996, p. 117): “Não há Estado sem poder. Este é emanado da soberania”.

As primeiras bases teóricas para a tripartição dos Poderes remontam à Antiguidade grega, nos estudos de Aristóteles, que vislumbrava três funções distintas

¹³ Características congregadas nos estudos de Saes (2008, p. 48-51).

exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos. Posteriormente¹⁴, Montesquieu, em sua obra “O espírito das leis”, trouxe relevante contribuição na identificação do exercício das três funções estatais, as quais estão intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si.

Karl Loewenstein (1970, p. 54) e André Ramos Tavares (2006, p. 1009) concordam que a vinculação do constitucionalismo à separação tripartite de poderes¹⁵ encontrou sua formulação clássica na Declaração Francesa dos Direitos do Homem de 1789, que em seu art. 16 dispôs: “Tout socié-té dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée et la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution”¹⁶.

A partir desta formulação, o princípio da separação dos poderes transformou-se no cerne da estrutura organizatória do Estado, verdade axiomática irrefutável (TAVARES, 2006, p. 1009). Na visão de Loewenstein (1970, p. 54-55) trata-se do fundamento do constitucionalismo moderno e pode ser assim definido:

Lo que en realidad significa la así llamada ‘separación de poderes’ no es, ni más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones – el problema técnico de la división del trabajo – y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el telos ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales a diferentes órganos del Estado, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de ‘poderes’, pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido

¹⁴ Tavares (2006, p. 1010) adverte que há celeuma doutrinária quanto ao autor original das bases teóricas da tripartição de poderes, citando autores que apontam não ser Aristóteles nem Montesquieu, e sim Locke o grande responsável pela teoria da separação dos poderes. Temer (1996, 118-120) defende que a sistematização final da repartição do poder foi feita por Montesquieu, mas reconhece que Aristóteles, antes de Montesquieu, já distinguia três poderes: a) poder deliberante: deliberava sobre todos os negócios do Estado; b) poder executivo: atribuído aos magistrados e exercido com fundamento nas decisões tomadas pelo poder deliberante; e c) poder de fazer justiça: dizia respeito à jurisdição.

¹⁵ Temer (1996, p. 118) aponta para equívoco da expressão “tripartição dos poderes”, já que o poder é uma unidade. O que se tem entre os órgãos é divisão de funções.

¹⁶ Toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada e a separação de poderes determinada, não tem constituição. Tradução nossa.

en este contexto de una manera meramente figurativa. En la siguiente exposición se preferirá la expresión “separación de funciones” a la de “separación de poderes”.¹⁷

No Estado de Direito de legalidade, que se constituiu para realizar o sentido conferido à lei pelo iluminismo, o princípio da separação dos poderes serve para garantir o primado da lei e, por consequência, a supremacia concentrada no Legislativo. Nesta concepção, não havia qualquer pretensão de equilíbrio de poderes. Noutro norte, a limitação do poder em nome das garantias fundamentais pretendeu assegurar o pluralismo de centros de poder. Admitia-se uma hierarquia entre os Poderes, com prevalência da função estatal legislativa (TAVARES, 2006, p. 1012-1013).

No Estado Democrático de Direito a mencionada hierarquia não se sustenta entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, prevalecendo sempre a limitação do poder com o objetivo de que todas as funções estatais sejam desempenhadas de forma autônoma e respeitando as leis, sem que haja preponderância do Poder Legislativo por deter a máquina de produção das normas vigentes em uma sociedade. A limitação do poder e das funções constitui o núcleo intangível do princípio da separação dos poderes.

Nesta esteira, significativo dizer que cada Poder exerce uma função de forma preponderante e, secundariamente, desenvolve as outras duas funções. A função típica do Legislativo consiste em legislar, ao passo que, atipicamente, administra seus bens e servidores e também julga nas hipóteses de competência privativa (ex.: art. 52, incisos I e II, CFB). O Poder Executivo, em regra, executa as atividades administrativas, todavia, de outro lado, normatiza por via de medida provisória e julga por seus tribunais administrativos. O Poder Judiciário tem, por excelência, a função de julgar os litígios

¹⁷ O que em realidade significa a assim chamada ‘separação de poderes’ não é, nem mais nem menos, que o reconhecimento de que por um lado o Estado tem de cumprir determinadas funções - o problema técnico da divisão do trabalho – e que, por outra, os destinatários do poder são beneficiados se estas funções são realizadas por diferentes órgãos: a liberdade é o fim ideológico da teoria da separação dos poderes. A separação de poderes é a forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar, respectivamente, o exercício do poder político. O que comumente, embora erroneamente, se costuma designar como a separação dos poderes do Estado a diferentes órgãos do Estado, é em realidade a distribuição de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado. O conceito de ‘poderes’, apesar de profundamente enraizado que é, deve ser compreendido neste contexto de maneira puramente figurativa. Na discussão a seguir será preferida a "separação de funções", para a "separação de poderes". Tradução nossa.

submetidos à sua apreciação e, atípicamente, legisla ao editar seus regimentos internos e administra ao organizar seus bens, serviços e servidores.

Contextualizada a separação dos poderes como princípio de índole constitucional, procede-se à tessitura de sua relação com os direitos sociais e inicia-se a discussão da problemática da justiciabilidade de direitos. Um argumento que permeia corriqueiramente as lides e decisões judiciais refere-se ao embate instaurado entre o princípio da separação dos poderes e a concessão judicial de direitos prestacionais. De um lado, o Estado alega que a intervenção do Judiciário viola a separação de poderes, porque está imiscuindo-se em função pertencente ao Executivo, qual seja de executar as políticas públicas e alocar os recursos da forma que lhe aprovou e de acordo com as necessidades que lhe são postas. De outro, os cidadãos recorrem ao Poder Judiciário para ver respeitados seus direitos previstos na Constituição e devidos pelo Estado. Nesta linha de pensamento, por dever funcional, os juízes decidem as demandas que lhe são submetidas à análise, primando pela máxima efetividade dos direitos sociais prestacionais.

Inegável que o Poder Judiciário não pode adentrar na esfera da discricionariedade administrativa. Esclareça, contudo, que não há afronta a esta liberdade de escolha quando o Executivo e o Legislativo deixam de cumprir seus deveres e funções. Observada a inércia destes Poderes em espaços que deveriam ser preenchidos por suas atuações, constitui-se a legitimidade do Poder Judiciário para impor coercitividade e executividade à norma descumprida, outorgando o direito ao seu credor, o cidadão. Neste diapasão, justifica-se a imposição judicial para controlar gastos públicos desnecessários que, por certo, geram deficiências no atendimento dos direitos sociais.

Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de KRELL (2002, p. 22-23), que foram mencionadas no acórdão da ADPF nº 45:

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente

escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...).

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Depreende-se que é possível a compatibilização entre o princípio da separação dos poderes e a intervenção judicial em políticas públicas, já que o juiz, quando defere um direito a um cidadão, não está legislando, e sim extraindo o sentido e o esmero da norma constitucional para lograr êxito em proporcionar a dignidade da pessoa humana ao jurisdicionado. O juiz não deve criar a lei, e sim interpretar as normas constitucionais para produzir o melhor direito, isto é, aquele que propiciará a isonomia no caso concreto sem prejudicar o direito da maioria.

CAPÍTULO 2

CATEGORIAS DE ANÁLISE PARA REALIZAÇÃO NORMATIVA DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

No segundo capítulo, aborda-se as categorias de análise afetas à aplicabilidade e completude das normas constitucionais, bem como à justiciabilidade e limites de atuação do Poder Judiciário na seara do suprimento de omissões legislativas. Nesta perspectiva, faz-se considerações acerca da Teoria Geral do Direito Público, especificamente sobre aplicabilidade das normas consagradoras dos direitos sociais fundamentais, além de elucidar a conjuntura de legitimação da jurisdição constitucional no que tange à colmatação de omissões inconstitucionais relativas a direitos sociais.

2.1 Eficácia das normas constitucionais e justiciabilidade de direitos

A análise da eficácia da norma constitucional constitui o ponto nevrálgico quando se trata da fruição de bens jurídicos, uma vez que somente a norma positivada não tem o condão de efetivar direitos, ou seja, por si só a norma não está imbuída de eficácia. É preciso que o conteúdo normativo se realize no plano concreto para que se possa falar em eficácia.

O termo eficácia carrega consigo a confusão que se faz com o termo vigência. Segundo José Afonso da Silva (2004, p. 52), no sentido técnico-formal, vigência consiste na qualidade da norma que foi regularmente promulgada e publicada, com a condição de entrar em vigor em data determinada. Este estudioso acrescenta que vigência é o que faz a norma existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições.

A eficácia pode ser entendida sob dois espectros: social e jurídica. A primeira designa a consonância entre a conduta e a norma posta, alcançando o objetivo a que se propôs, isto é, a norma é obedecida e aplicada. A eficácia social remete à efetividade, à realização do Direito de forma a promover o desempenho concreto de sua função e a

aproximação entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. Engloba tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz) quanto o resultado concreto decorrente - ou não – desta aplicação.

A eficácia jurídica exprime a aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma diante do caso concreto com consequente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes. Segundo Sarlet (2009, p. 239-240), a eficácia jurídica e social são fenômenos conexos.

De fato, a noção de eficácia social se confunde com a noção de efetividade da norma. De acordo com Luís Roberto Barroso (2006, p. 82-83), a efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social, representando a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Nas palavras de José Afonso da Silva (2004, p. 66):

O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final. Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala 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 de que isso venha a acontecer.

Os dois sentidos da palavra eficácia, acima apontados, são, pois, diversos. Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social. Mas percebe-se que, apesar disso, os sentidos são conexos, como já anotamos antes.

Nos estudos de Edihermes Marques Coelho (2008, p. 93), além da eficácia jurídica e efetividade, traz-se a noção de eficiência da norma:

Ocorre que toda disposição normativa está configurada como uma proposição de dever ser, como um mandamento a ser concretizado. Uma proposição, seja constitucional ou infraconstitucional, é marcada como um mandamento futuro, que poderá ser obedecido ou não. Tal concretização traduz a observância ou não do disposto na norma, o que poderá caracterizar sua maior ou menor efetividade. Nesse ponto, vale esclarecer que o problema do cumprimento das normas divide-se, numa perspectiva garantista, em três planos: a) eficácia jurídica, que é a possibilidade de a norma ser aplicada, o que decorre de sua vigência; b) efetividade, que é o fato de a norma ser realmente aplicada e em que medida o é; c) eficiência, que é o fato de a norma atingir as finalidades a que se destina.

No âmbito da diferenciação entre os institutos da vigência e eficácia, José Afonso da Silva (2004, p. 52) explica que para se verificar a eficácia da norma é preciso que ela comece a vigorar. A vigência é condição de efetivação da eficácia, ainda que a plenitude desta, tratando-se de norma constitucional, não raro, dependa de outras normas integrativas¹⁸.

Importante construção feita por Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 210-211) promove a distinção entre eficácia e aplicabilidade, afirmando que ainda que uma norma não dotada de eficácia jurídica não possa ser aplicada, é perfeitamente possível que uma norma dotada de eficácia não tenha aplicabilidade. Aduz isto porque a aptidão para produzir efeitos é algo que se define em plano diverso daquele no qual se discute o problema da aplicação. Infere o citado autor que aplicabilidade é uma questão relativa à conexão entre a norma jurídica, de um lado, e fatos, atos e posições jurídicas, de outro.

Cumpre fazer um recorte metodológico apenas para explanar de modo sucinto as noções de eficácia plena, contida e limitada da norma constitucional. Para tanto, adotou-se as definições dadas por José Afonso da Silva (2004, p. 101), iniciando pelas normas constitucionais de eficácia plena como sendo aquelas que:

[...] a) contenham vedações ou proibições; b) confiram isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que

¹⁸ Sarlet (2009, p. 295/298) entende que existem cargas eficaciais comuns a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente da necessidade de normas integrativas: a) Acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental; b) Contém imposições que vinculam o legislador, no sentido de que este não apenas está obrigado a concretizar os programas, tarefas, fins e ordens, mas também que não pode afastar-se dos parâmetros preestabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações. (nível de programaticidade); c) Impõem a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição se forem colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais, isto é, caso contrário ao sentido dos princípios e regras contidos nas normas que o consagram; d) Os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas, já que contêm princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica, resultando no condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário na aplicação, interpretação e concretização de suas normas e das demais normas jurídicas; e) Os direitos fundamentais prestacionais geram sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva, o que remete a uma concepção de direito subjetivo individual a determinada prestação estatal; f) Os direitos fundamentais prestacionais estão protegidos pela proibição do retrocesso.

lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados. [...] estabelecem conduta jurídica positiva ou negativa com comando certo e definido, incrustando-se, predominantemente, entre as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais, e podem conceituar-se como sendo aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.

As normas de eficácia contida na definição colacionada por José Afonso da Silva (2004, p. 116):

[...] têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do poder público, valendo dizer: consagradoras, em regra, de direito subjetivos dos indivíduos ou de entidades públicas ou privadas. E as regras de contenção de sua eficácia constituem limitações a esses direitos e autonomias; ou, segundo uma teoria moderna, de que ainda trataremos, são regras e conceitos limitativos das situações subjetivas de vantagem. Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

As normas de eficácia limitada, segundo José Afonso da Silva (2004, p. 163), são aquelas cuja aplicação, relativamente aos interesses essenciais que exprimem os princípios genéricos, depende da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador, integrando-lhe a eficácia, mediante lei ordinária, lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados. Podem ser de dois tipos: normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo e normas constitucionais de princípio programático. As primeiras designam aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei (SILVA, 2004, p. 126).

De outro lado, as normas programáticas¹⁹ têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante quando: estabelecem um dever para o legislador ordinário; condicionam a

¹⁹ Sarlet (2009, p. 292): “Neste contexto, consideramos possível partir da premissa de que todas as normas da Constituição aptas a serem enquadradas no grupo das normas de cunho programático apresentam um elemento comum que justifica suficientemente esta opção, qual seja, o de que todas estas normas se caracterizam pelo fato de reclamarem, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos, uma interposição do legislador. Cuida-se, portanto, de normas que apresentam a característica comum de

legislação futura; informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social²⁰ e revelação dos componentes do bem comum; constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem (SILVA, 2004, p. 164).

Feitas estas considerações, pode-se dizer que a eficácia da norma, em qualquer de suas modalidades, determina a possibilidade de fruição de bens jurídicos, uma vez que a vigência da norma sem a respectiva efetividade no meio social implica verdadeiro obstáculo ao alcance de direitos pelo cidadão. Tais direitos são diuturnamente violados pelos poderes públicos, que descumprem normas constitucionais afetas aos direitos sociais fundamentais, sob diversos argumentos, dentre os quais a escassez de recursos, a necessidade de regulamentação de normas de eficácia limitada, a negação de aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, etc.

Os obstáculos colocados pelo Poder Público determinaram o nascimento do fenômeno da judicialização das políticas públicas, também denominado de justiciabilidade de direitos. Este fenômeno exprime a intervenção do Poder Judiciário na seara dos deveres antes considerados somente do Poder Executivo, isto é, a inserção das demandas sociais como demandas judiciais.

A atuação do Poder Judiciário nestes meandros pode aparentemente declinar para a violação do princípio da separação dos poderes. Todavia, esta situação só se

uma (em maior ou menor grau) baixa densidade normativa, ou, se preferirmos, uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao Legislador.”

²⁰ Mello (2010, p. 55-56) faz interessantes considerações acerca da eficácia das normas constitucionais relacionadas à justiça social: “As disposições constitucionais relativas à Justiça Social não são meras exortações ou conselhos, de simples valor moral. Todas elas são – inclusive as programáticas – comandos jurídicos e, por isso, obrigatórias, gerando para o Estado deveres de fazer ou não-fazer. Há violação das normas constitucionais pertinentes à Justiça Social – e, portanto, inconstitucionalidade – quer quando o Estado age em descompasso com tais preceitos, quer quando, devendo agir para cumprir-lhe as finalidades, omite-se em fazê-lo. Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da expressão.”

firmou deste modo em decorrência da ineficiência dos poderes públicos, o que culminou na legitimação e, até mesmo, necessidade da intervenção do Poder Judiciário. A partir dos inúmeros casos que chegaram às portas deste, a produção jurisprudencial deixou de ser mera orientação para os órgãos judiciários para avocar-se como fonte de efetivação de direitos no caso concreto.

Em que pese não contar com o apreço da sociedade, principalmente para aqueles financeiramente desfavorecidos que dependem de prestações sociais, o argumento do Poder Público de que as normas constitucionais afetas aos direitos sociais fundamentais não têm aplicabilidade imediata tornou-se recorrente e, muitas vezes, justificou o inadimplemento de deveres constitucionais do Estado.

Sob o respaldo da incompletude do ordenamento jurídico, injustiças foram perpetradas. Em relação a este aspecto, importa anunciar o que será esclarecido adiante, já que muitas normas são taxadas de incompletas objetivando o locupletamento do Poder Público. Entremes, nem sempre se trata de incompletude, mas sim de silêncio eloquente.

Ao coadunar os temas da eficácia e justiciabilidade dos direitos sociais, não se pode olvidar que a esfera de direitos sofre limitações para viabilizar que a maior parte possível da sociedade possa usufruir das prestações do Estado. Os limites da norma devem ser obedecidos, uma vez que estes também constituem o amplo espectro da aplicabilidade da norma e dos direitos nela contidos.

Partindo da digressão evolutiva feita em relação aos direitos sociais fundamentais à luz do constitucionalismo, bem como da noção de eficácia no ordenamento brasileiro, tem-se o lastro histórico suficiente para entender o momento vivido pela sociedade no que concerne aos direitos sociais e sua efetividade. Anote-se, por premissa, que a dimensão programática destes direitos não pode constituir obstáculo absoluto à prestação social e justificativa para a inércia legislativa e administrativa.

A textura aberta dos direitos sociais permite a concretização destes de acordo com a vontade da maioria, pois a sociedade deve decidir quais direitos devem receber

maior atenção ou prioridade, de acordo com as necessidades prementes. A um primeiro olhar, os principais responsáveis pela concretização dos direitos sociais são o Poder Legislativo, por ser o órgão de maior representatividade na sociedade, e o Poder Executivo, cujos representantes também são eleitos pelo povo de forma democrática para resguardar os interesses da maioria, sem suprimir a vontade da minoria.

Ocorre que estes Poderes, ao longo da história humana, vêm desempenhando suas funções precípuas de modo deficiente, o que alocou o Poder Judiciário como legitimado para colmatação das lacunas deixadas pelos administradores e legisladores. A construção desta legitimação passou por três fases. Primeiramente, impedia-se a intervenção do Poder Judiciário na seara dos direitos sociais sob o fundamento de que estes se consubstanciam em normas programáticas e, por consequência, não geram direitos subjetivos, de forma que o indivíduo não pode exigir do Estado o cumprimento e a observância de tais direitos.

Posteriormente, diante do incremento das garantias constitucionais pela complementação da legislação infraconstitucional e facilitação do acesso à justiça pelas ondas renovatórias do processo²¹, ocorre o fenômeno inevitável da judicialização das relações políticas e sociais. O Poder Judiciário insere-se, nesta fase atual, como o órgão eficiente à proteção dos direitos sociais, já que tem poder de coibir os demais poderes públicos a efetivar direitos no caso posto à sua apreciação, valendo-se, quando necessário, das prerrogativas concedidas pelo ativismo judicial.

Prospectivamente, na fase ideal que se pretende alcançar há a prevalência do equilíbrio na atuação do Poder Judiciário, que deve efetivar direitos sociais sob os auspícios de critérios racionais e técnicos, partindo sempre dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como instrumentos hermenêuticos a fim de encontrar uma solução adequada quando se deparar com situações de desacordo moral razoável.

²¹ As ondas renovatórias do processo dividem-se em assistência judiciária, coletivização dos direitos e efetividade do processo. O estudo do tema pode ser aprofundado na obra: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acess to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report.* Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

Nos estudos de Juan Cianciardo (2000, p. 322), aborda-se como meio de solução de vários conflitos práticos, os três subprincípios da máxima da razoabilidade, quais sejam: juízo da adequação, da necessidade e de razoabilidade *stricto sensu*. O primeiro subprincípio do princípio da proporcionalidade é o da adequação ou idoneidade. O juízo que se exige de uma medida legislativa insere como indispensável uma finalidade e que esta seja adequada para atingir esse fim, de modo que seja capaz de alcançar seu objetivo.

Convém fazer outro recorte para dissertar acerca dos critérios de adequação entre as decisões judiciais e as disposições legislativas. Juan Cianciardo (2000, p. 323-324) questiona a incumbência dos juízes para examinar a adequação de uma medida ou se isto converge para a competência exclusiva do legislador. Em primeiro lugar, a exigência de adequação vem acompanhada do controle de constitucionalidade *lato sensu*. Se os juízes devem controlar a constitucionalidade, podem e devem também examinar a adequação das leis aos fins constitucionais que se propõem. Ademais, o caráter de princípios das normas jusfundamentais permite fundamentar o subprincípio da adequação e, consequentemente, a competência judicial para alcançar o fim pretendido.

Cumpre ressaltar alguns problemas complexos que se colocam detrás da exigência de adequação: a) em que medida é importante determinar com precisão a finalidade que se procura alcançar mediante a promulgação da lei, b) se a adequação que se exige deve ser anterior ou posterior ao ditado pela norma; c) se o juízo da adequação tem caráter técnico ou se limita a uma evolução da mera possibilidade que tem a norma questionada de atingir seu objetivo.

Para analisar a determinação do objetivo legislativo o autor (CIANCIARDO, 2000, p. 324) parte da seguinte premissa: uma regulamentação jusfundamental que seja destituída de fins constitucionais é inconstitucional. Ainda deve ser destacada toda possibilidade de sujeição mínima ao princípio se o sacrifício da liberdade que impõe a norma persegue a preservação de bens ou interesses, não só constitucionalmente prescritos, e sim também socialmente relevantes.

Neste ponto, cumpre indagar sobre o que ocorre se há contradição entre a finalidade expressa pelo legislador e aquela realmente perseguida como *mens legislatoris*. Neste caso, certamente excepcional, deve ser considerada a finalidade real, cujo conhecimento facilitará que o juiz faça uso das medidas indispensáveis para melhor provê-la.

A necessidade de determinação dos fins legislativos pode ser exemplificada por um caso resolvido, em 12 de dezembro de 1.996, pela Suprema Corte Argentina, cunhado *Irizar, José M. c. Provincia de Misiones*²², que se presta a enfatizar a importância da correta determinação dos efeitos que o legislador pretende ditar com a lei. A partir deste julgado, restou configurado o caminho na justiça argentina para a avaliação judicial da necessidade e da razoabilidade *stricto sensu*.

Discorrendo sobre a profundidade do juízo de adequação, Cianciardo (2000, p. 337) aduz que:

No resulta sencillo establecer si el carácter del juicio judicial de idoneidad debe ser técnico; es decir, si los jueces deben examinar todos os impactos sociales de la medida cuestionada para juzgar si ha alcanzado o no la finalidad que el legislador se proponía con su ditado. La respuesta a esta cuestión exige tener en cuenta dos mandatos contrapuestos, lo cual quizá permita lograr um cierto equilibrio: de un lado, el control de constitucionalidad como imperativo constitucional, que podría ser base suficiente para admitir que los jueces realicen juicios técnicos, y, del otro, la declaración de inconstitucionalidad como *ultima ratio* del control, que conlleva la constitucionalidad en todos los casos dudosos. El vértice de ambos principios torna posible la aceptación de um juicio técnico de adecuación, aunque acompañado indispensablemente de un ofrecimiento amplio de alegación a los órganos ejecutivo y legislativo de gobierno²³.

²² Publicado en: LA LEY 1997-C, 29, con nota de germán J. Bidart Campos - DJ 1997-2, 281 - IMP 1997-A, 666 - CS Fallos 319, 1934. Disponível em: <<http://www.eco.unlpam.edu.ar>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2.013.

²³ Não é simples estabelecer se o caráter do juízo judicial de idoneidade deve ser técnico; ou seja, se os juízes devem analisar todos os impactos sociais da medida questionada para julgar se foi alcançada ou não a finalidade que o legislador se propunha com seu ditado. A resposta a esta questão exige ter em conta dois termos contrapostos, o qual quizá permita alcançar um certo equilíbrio: de um lado, o controle de constitucionalidade como imperativo constitucional, que poderia ser base suficiente para admitir que os juízes realizem juízos técnicos e, de outro, a declaração de inconstitucionalidade como *ultima ratio* do controle, que concilia a constitucionalidade em todos os casos duvidosos. O vértice de ambos os princípios torna possível a aceitação de um juízo técnico de adequação, ainda que acompanhado indispensavelmente de um oferecimento amplo de alegação aos órgãos executivo e legislativo de governo.

O julgamento de necessidade ou juízo de indispensabilidade, no que se refere à aplicação, é o mais controvertido dos três que formam a máxima da proporcionalidade. Analisa-se se a medida adotada pelo legislador é a menos restritiva das normas fundamentais, dentre as igualmente eficazes. Exige-se a adoção da alternativa menos restritiva de direitos. Em seguida, analisa-se três dos problemas que permeiam o juízo da necessidade: a) a possibilidade do juízo de necessidade, b) o juízo de eficácia e c) a eleição da medida necessária.

Importa dizer que a eliminação do juízo de necessidade pode transformar a máxima da razoabilidade em meio para justificar qualquer ingerência estatal nas normas fundamentais, o que lhe faria perder boa parte de seu sentido. Quanto ao juízo de eficácia, cumpre considerar o alcance do juízo de necessidade, pressupondo a adequação.

O juízo de eficácia parece paradoxal, haja vista que representa um limite ao juízo da necessidade, de modo que o julgamento não pode prosseguir como um termo com todos os meios alternativos, mas somente aquilo que resulta de uma eficácia similar na realização de um fim empregado pelo legislador. Noutro norte, acentua as faculdades judiciais ao permitir que juízes indaguem o grau de capacidade da medida e de outras alternativas para alcançar o resultado desejado.

No que concerne à eleição da medida necessária, vale dizer que, determinada a existência de vários meios igualmente adequados e eficazes – e/ou a existência de meios alternativos mais eficazes que o eleito – para o cumprimento do fim constitucional, deve-se examinar o grau de restrição da norma fundamental em análise. A medida é constitucional se for a menos restritiva de todas, equacionando o grau de restringibilidade da medida adotada (CIANCIARDO, 2000, p. 344).

Procedidas às anotações imprescindíveis referentes ao juízo de razoabilidade que deve estar inerente às decisões judiciais e proposições legislativas, queda ambientado o campo para discussão dos argumentos favoráveis à intervenção do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais fundamentais. O respaldo, para tanto, encontra-se no

déficit democrático das instituições representativas, no cenário atual, uma vez que as autoridades menos confiáveis para a população são justamente as legislativas.

Quando o Poder Legislativo demonstra-se fraco e omissivo, o Poder Judiciário viu-se na condição de adotar uma postura mais ativa. Ressalte-se que a Constituição é um conjunto de normas e, ao interpretá-la e aplicá-la, o Poder Judiciário está apenas exercendo sua função típica, revelando na decisão judicial o meio mais adequado de tutela dos direitos.

Em contraponto, outros argumentos prestam-se a deslegitimar a atuação do Poder Judiciário, sustentando que as normas programáticas não geram direitos subjetivos e que, portanto, não pode a esfera judicial imiscuir-se em direito não garantido. Além disso, defende-se que a intervenção judicial é ato antidemocrático e viola a separação dos poderes, já que o Poder Judiciário não representa a maioria nem possui representatividade. Estes fundamentos, atualmente, estão superados.

Diante do paradigma de legitimação do Poder Judiciário para intervir na seara de efetivação dos direitos sociais fundamentais e, via direta, nas políticas públicas, o ordenamento jurídico concatenou a instrumentalização necessária para que o cidadão faça valer as prestações sociais. Podem-se considerar como principais instrumentos jurisdicionais a serviço deste propósito as ações constitucionais, dentre elas a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança.

Denota-se que as ações de controle concentrado de constitucionalidade, por serem restritas aos legitimados pela Constituição Federal, são determinadas pela reserva de acionamento da jurisdição, o que faz com que sejam em menor número do que aquelas ações propostas por qualquer pessoa ou que tramitam perante a Primeira Instância, tais como o mandado de segurança sem prerrogativa de foro e a ação civil pública.

A instrumentalização processual das demandas sociais corrobora a efetividade destas, haja vista que esbarram na esfera discricionária de implementação de políticas públicas. Em verdade, repassa-se ao Poder Judiciário a parcela de funções não desempenhadas ou mal desempenhadas pelo Poder Executivo.

Emerge-se, nesta esteira, a importância dos instrumentos processuais para efetivação prática de direitos, e não meramente demagógica. Em verdade, o fenômeno de judicialização das demandas sociais é recente. Alguns fatores contribuíram para este fenômeno, dentre eles a maior informação da população sobre seus direitos a partir das noções de cidadania introduzidas nos currículos escolares, a expansão da instituição da Defensoria Pública na defesa daqueles que não têm condições financeiras de arcar com os custos de um processo judicial, a tomada de funções do Ministério Público como órgão protetor dos direitos sociais fundamentais e a expansão dos organismos e comissões internacionais que tutelam os direitos humanos.

Ante a explosão de demandas sociais não atendidas pelo Estado, seja por omissão, seja pela escassez de recursos, a válvula de escape do cidadão convergiu para a utilização de instrumentos processuais perante o Poder Judiciário, titular legítimo do poder de controlar as ilegalidades e inconstitucionalidades perpetradas pelos demais Poderes.

2.2 Controle judicial dos direitos sociais fundamentais: alcance e legitimidade na tutela dos direitos sociais fundamentais

Em momentos em que os Poderes Executivo e Legislativo permitem o vácuo na esfera de efetivação de direitos, o ativismo judicial insere-se como legítimo instrumento a tutelar a dignidade da pessoa humana inerente à consolidação de direitos mínimos. A judicialização das demandas sociais demonstra o pedido de socorro da sociedade à derradeira trincheira, isto é, ao último órgão legitimado a conceder aquela prestação material e que não fosse a inércia injustificada dos demais Poderes sequer precisaria exercer esta função.

O risco da adoção do ativismo judicial encontra-se na invasão de competências de outros Poderes, bem como na concentração excessiva de poderes num só órgão, que pode monopolizar a interpretação do direito e, com isto, quebrar a teoria dos freios e contrapesos, premissa do Estado Democrático de Direito. Se assim analisado, há possibilidade de perda da legitimidade democrática do Poder Judiciário.

A tendência de ativismo judicial pode ser relacionada à crise do Poder Legislativo e à composição heterogênea do STF, com ministros oriundos de diversas carreiras e com ideais de progresso em termos de prestação jurisdicional²⁴. Na evolução da sociedade, as lacunas deixadas por um dos Poderes sempre encontraram resposta no preenchimento deste espaço por outro órgão, mesmo porque um direito consagrado não pode ficar a mercê da vontade política destoante da vontade constitucional e do povo, que legitima seus representantes escolhidos.

Por conseguinte, no constitucionalismo contemporâneo não basta a mera tergiversação de invasão de competências para inviabilizar a tutela de direitos. Afigura-se razoável e imprescindível alcançar um consenso mínimo a partir de um diálogo institucional²⁵ promovido pela interação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como entre outros órgãos estatais e a sociedade civil a fim de que sejam aproveitadas as capacidades institucionais de cada protagonista envolvido neste cenário e, nestes termos, seja buscada a promoção da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

O fenômeno da judicialização da política significa a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do poder judicial em matérias

²⁴ Exemplificativamente, ressalte-se a nomeação, por decreto, em 23 de novembro de 2000, da ministra Ellen Gracie Northfleet para compor o STF na vaga decorrente da aposentadoria do ministro Octavio Gallotti. A ministra, originalmente procuradora regional da República e depois desembargadora federal, foi a primeira mulher a ingressar na Corte e exerceu a presidência desta no biênio 2006-2008. Aposentou em 8 de agosto de 2011. No período em que esteve na presidência da Corte observou a informatização e maior reconhecimento pela sociedade da relevância do STF.

²⁵ Sarlet (2009, p. 362) aponta que o diálogo institucional – interação entre o Poder Judiciário, outros órgãos estatais e a sociedade civil – constitui ferramenta importante para o aproveitamento máximo das capacidades institucionais de cada ator envolvido e, via direta, para a promoção da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

que seriam reservadas às competências dos Poderes Executivo e Legislativo com inspiração na teoria do *checks and balances*.

A judicialização da política foi abordada como o exemplo mais simbólico da expansão global do poder judicial por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1992, p. 05):

The phenomenon we have just described represents the most dramatic instance of the global expansion of judicial Power, which, for brevity, we shall frequently refer to as “the judicialization of politics.” Another, less dramatic instance of the expansion of judicial power, or judicialization, is the domination of nonjudicial negotiating or decision-making arenas by quasi-judicial (legalistic) procedures. This instance also appears to be on the rise. Again for better or worse, the judicialization of politics may be or may become one of the most significant trends in late-twentieth and early-twenty-first-century government. It deserves careful description, analysis, and evaluation²⁶.

Este fato não exprime a delegação do Poder Legislativo de sua competência ao Poder Judiciário nos Estados de Direito e nem a usurpação judicial do princípio da separação dos poderes, uma vez que se trata de instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais mediante a atuação ativista do Poder Judiciário sempre de acordo com a Constituição.

No direito constitucional contemporâneo, o magistrado deixou de ter um papel passivo e inerte, desvinculando-se daquela figura que apenas pronunciava a vontade do legislador ou era o escravo da lei (“juiz boca da lei”) e inaugurando um novo momento na história dos direitos fundamentais²⁷. Esta inovação transmutou o personagem juiz no

²⁶ “O fenômeno que acabamos de descrever representa o caso mais dramático da expansão global do poder judicial, que, por brevidade, vamos frequentemente referir como “judicialização da política”. Outro caso, menos dramático da expansão do poder judicial, ou judicialização, é a dominação da negociação não judicial ou de tomada de decisão por procedimentos extrajudiciais (legalistas). Este exemplo também parece estar a aumentar. Novamente, para melhor ou pior, a judicialização da política pode ser ou pode tornar-se uma das tendências mais significativas do governo no final do vigésimo e início do vigésimo primeiro século. Isto merece cuidadosa descrição, análise e avaliação.” (tradução nossa)

²⁷ Canaris (2003, p. 65-66) discorre sobre a relação entre juiz e legislador: “É , em primeira linha, de importância central a circunstância de se tratar de uma problemática de *omissão*. Nesta problemática, e como estamos habituados tanto no direito penal como no direito civil, é indispensável suprar um primeiro *específico limiar de argumentação*, logo para fundamentar a existência de um *dever jurídico de agir*. Isto vale também para o direito constitucional, pois, caso contrário, as diferenças teóricas estruturais entre os direitos de defesa e os direitos a prestações seriam esvaziadas. Em especial, não pode em princípio importar-se ao Estado, no âmbito das omissões, o mesmo ónus de fundamentação e de legitimação que no domínio das actuações interventivas. Pois enquanto nestas apenas tem tal ónus quanto a uma única medida – precisamente a tomada no caso -, naquelas teria, eventualmente, de o satisfazer quanto a uma multiplicidade de medidas de potecção omitidas, ou até, mesmo, quanto à total ausência de actuação. Isto

cenário político, haja vista que passa a deter a função de defensor da democracia, mesmo porque a prestação jurisdicional não é uma atividade exclusivamente jurídica, mas, também, provoca transformações políticas, sociais e econômicas.

A missão hermenêutica não é apenas a interpretação da lei ou da Constituição, mas de todo um acervo fático que repercuta no conjunto de toda uma sociedade. Ademais, com a assunção do controle de constitucionalidade, o juiz passa a ser o mais importante guardião da Constituição e dos direitos fundamentais. É, ainda, o último defensor contra as violações que possam atingir as garantias constitucionais perpetradas pelos próprios poderes.

Observando o aumento das demandas judiciais para implementação de direitos²⁸, ganha maior destaque a incumbência do juiz de preservar os direitos fundamentais e os valores constitucionais a partir de uma nova metodologia de atuação, de modo a tutelar direitos em casos de relevantes desacordos morais razoáveis, nos quais os métodos tradicionais de hermenêutica se tornaram insuficientes.

seria tanto menos aceitável quanto a admissibilidade de uma tal falta de actuação corresponde, em muitos casos, à posição jurídica de partida, já que uma protecção totalmente abrangente dos cidadãos não é sequer facticamente possível, e levaria, além disso, a uma insustentável colocação dos cidadãos sob tutela estatal, bem como a intervenções, igualmente insuportáveis, em direitos fundamentais de terceiros. Trata-se aqui, por conseguinte, não apenas de uma problemática de omissão quanto ao legislador, mas também no que toca à jurisprudência. É certo que a realização de imperativos de tutela de direitos fundamentais, mediante a interpretação e o desenvolvimento integrador do direito constitui também uma das tarefas legítimas dos órgãos jurisdicionais, mas a sua competência não vai, neste aspecto, de forma alguma, além da do legislado, e depende, por isso, decisivamente, de saber se sobre este recai um correspondente dever de proteção (que a jurisprudência então realiza, em seu lugar)."

²⁸ Marcos Marselli Gouvêa (2004, p. 199-200): "Há algo de novo no acervo das varas de fazenda pública. Ao lado das usuais ações de responsabilidade civil, das revisões de benefícios, dos mandados de segurança em matéria tributária e das desapropriações, assiste-se à recente proliferação de processos em que se objetiva compelir a Administração Pública à realização de prestações positivas de dar e de fazer, versando os bens jurídicos que a Constituição alinha em sua Ordem Social.

Este fenômeno pode ser compreendido como desdobramento de uma paulatina ampliação do espectro de obrigações estatais suscetíveis de controle judicial. Já de longa data o constitucionalismo liberal consagrava a possibilidade de tutela judicial de posições jurídicas de caráter negativo, através de instrumentos processuais especificamente moldados para garantir, com a eficiência e a celeridade necessárias, a fruição dos direitos à vida, à incolumidade física, à liberdade, ao patrimônio e à participação política. Ao longo dos últimos duzentos anos, verificou-se marcante avanço no campo do controle de constitucionalidade e da responsabilidade civil do Estado. Diante deste evolver, as omissões estatais no campo das prestações positivas ligadas a imperativos sociais e existenciais remanesçiam, até a segunda metade do Século XX, como o último bastião infenso à onda de juridicização."

A questão política pode permear as decisões judiciais sem que isto incorra em qualquer manifestação partidária ou parcial. Ao contrário, é importante que as decisões sejam também políticas no sentido de analisar a conjuntura da sociedade e averiguar a medida cabível no caso concreto. Nesse sentido, as lições de Ronald Dworkin (2000, p. 3-4):

Naturalmente, as decisões que os juízes tomam *devem* ser políticas em algum sentido. Em muitos casos, a decisão de um juiz será aprovada por um grupo político e reprovada por outros porque esses casos têm consequências para controvérsias políticas. (...) Um juiz que decide baseando-se em fundamentos políticos não está decidindo com base em fundamentos de política partidária. Não decide a favor da interpretação buscada pelos sindicatos porque é (ou foi) um membro do Partido Trabalhista, por exemplo. Mas os princípios políticos em que acredita, como, por exemplo, a crença de que a igualdade é um objetivo político importante, podem ser mais característicos de um partido político que de outros.

Alguns argumentos favoráveis aos juízes incorporarem a competência legislativa foram elucidados na obra de Ronald Dworkin (1978, p. 141): a) As leis e as regras de direito costumeiro são vagas e devem ser interpretadas antes de serem aplicadas aos casos concretos; b) Os juízes devem, às vezes, criar um novo direito seja essa criação dissimulada ou explícita. Porém, ao fazê-lo, devem agir como se fossem delegados do Poder Legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema; c) Os juízes criam leis em resposta a fatos e argumentos da mesma natureza daquelas que levariam a instituição superior a criar, caso estivessem agindo por iniciativa própria.

Ainda segundo Dworkin (1978, p. 141), os argumentos contrários ao juiz incorporar a competência legislativa são os seguintes: a) é enganoso o argumento de que os juízes legislam quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras autoridades públicas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política, qual seja: entre argumentos de princípio e argumentos de política; b) não há dúvida que as decisões judiciais não originais, que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas pelos argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política; c) se nos casos difíceis, em que nenhuma regra jurídica estabelecida prevê

a decisão esperada para o caso concreto, a alternativa factível será a adoção de argumentos de princípio, e não de política.

Considerado o posicionamento acima quanto à interveniência do Poder Judiciário na competência legislativa, preciso também analisar a inter-relação com a competência do Poder Executivo, posto que a escolha de políticas públicas constitui atribuição deste a partir de um juízo de conveniência e oportunidade. Este juízo não quer dizer que o Poder Executivo pode deixar de implementar políticas públicas, mas que ao promovê-las deve observar as necessidades prioritárias da população e os recursos orçamentários.

Uma argumentação de praxe para fundamentar a impossibilidade do Poder Judiciário imiscuir-se na esfera de determinação de prestações sociais consiste na alegação de que este não detém conhecimento técnico para julgar as opções administrativa e legislativa de execução de políticas públicas. A atividade judicial concentra-se no caso concreto e deve pautar-se pelo consequencialismo ético, buscando antever os resultados gerais e impactos para sociedade da medida deferida em favor de um só indivíduo.

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo²⁹.

Outro argumento refere-se à violação do princípio da separação dos poderes. A implementação judicial de políticas públicas que tutelem os direitos fundamentais, diante da função garantidora e controladora do Poder Judiciário, não necessariamente viola o princípio da separação dos poderes quando se está frente a um abuso

²⁹ STF – STA 175 – Ag. Reg./CE - Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2.013

governamental³⁰. Esta função está em perfeita consonância ao princípio da harmonização dos poderes (art. 2º, CFB) e à teoria dos freios e contrapesos, ainda que incorra em determinado aspecto naquilo que se convencionou denominar ativismo judicial.

Tornou-se comum a utilização da expressão ativismo judicial para designar intervenções do Poder Judiciário em sede de efetivação de políticas públicas. Imprescindível, todavia, esclarecer que judicialização de direitos é diferente de ativismo judicial. A judicialização viabiliza o acesso ao Poder Judiciário que, inclusive, constitui uma das ondas renovatórias do processo, permitindo a todos ter suas demandas analisadas por uma decisão judicial.

Violado um direito, nasce para o interessado uma pretensão que deve ser apreciada pelo Poder Judiciário, o que não significa que estará presente um ativismo, mas sim que aquela demanda “judicializou-se” face ao descumprimento da prestação

³⁰ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CB/88]. Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas 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. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF-RE 367432 AgR/PR, Relator Min. EROS GRAU, j. 20/04/2010, Segunda Turma, DJe- 13-05-2010). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>> Acesso em 15 de fevereiro de 2.013.

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (AI 734487 AgR/PR, Relatora Min. ELLEN GRACIE, j. 03/08/2010, Segunda Turma, DJe-154 19-08-2010). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>> Acesso em 15 de fevereiro de 2.013.

devida pela outra parte. De fato, este fenômeno fundamenta as próprias bases do Estado Democrático de Direito.

Noutro norte, ativismo judicial remete, *a priori*, a uma indevida interferência do Poder Judiciário nas competências do Poder Legislativo, ao criar uma norma não contemplada no ordenamento jurídico e, consequentemente, usurpar a função legislativa. Pode convergir, ainda, para a indevida intromissão na esfera discricionária do Poder Executivo no cumprimento de seus deveres.

Entrementes, mister diferenciar duas formas de apresentação do ativismo judicial. A primeira pode ser denominada ativismo judicial inovador, por intermédio do qual há a criação pelo juiz de uma norma jurídica. A segunda exprime um ativismo judicial revelador, a partir do qual o juiz, valendo-se de preceitos e princípios constitucionais, revela o sentido de uma norma. Neste caso, não há criação de norma jurídica, e sim preenchimento do devido espaço que a ciência da hermenêutica necessariamente deve ocupar no mundo jurídico.

O alcance da intervenção judicial nas decisões afetas ao Poder Executivo pode ser analisado a partir de alguns parâmetros, sintetizados por Ana Paula de Barcellos (2008, p. 125-127) em fundamentos jurídico, moral ou técnico-científico, os quais envolvem a obediência às políticas públicas especificadas na Constituição e nas leis válidas, a centralidade do homem e de seus direitos no contexto do Estado e do Direito, a lisura na utilização dos recursos públicos e a observância da adequação técnica. Conclui sua síntese do seguinte modo:

Inexistente qualquer desses três fundamentos – jurídico, moral ou técnico-científico – incide perfeitamente a crítica examinada neste ponto. Não haverá fundamento algum, legítimo, com base no qual o juiz possa fazer a sua opinião prevalecer sobre a dos agentes públicos democraticamente eleitos. Se o juiz não pode recorrer a um fundamento normativo claro – que traz em si a legitimidade democrática própria associada a sua elaboração – e se sua decisão não se reconduz a um imperativo moral ou técnico, sua opinião, na realidade, é apenas isso: uma opinião, sem qualquer valor intrínseco especial. E entre opiniões equivalentes, terá maior valor aquela que conta com o apoio da maioria, ainda que indiretamente.

Cláudio Pereira de Souza Neto (2008, p. 535-542) aponta sete parâmetros materiais para efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário: a) legitimidade, em regra, circunscrita à esfera de fundamentalidade material; b) legitimidade, em regra, restrita aos hipossuficientes; c) possibilidade de universalização da medida; d) dever de considerar o sistema de direitos sociais em sua unidade; e) prioridade para a opção técnica da Administração; f) prioridade para solução mais econômica; g) variação da intensidade do controle jurisdicional de acordo com os níveis de investimento em políticas sociais.

Quanto ao primeiro parâmetro, note-se ser impossível, além de indesejável, atribuir ao Judiciário a possibilidade de concretizar os direitos sociais em toda a sua amplitude. Tais decisões seriam antidemocráticas e inexequíveis. Se se afirma a possibilidade da atuação judiciária e, ao mesmo tempo, se nega que tal atuação possa abranger os direitos sociais em toda sua extensão, torna-se necessário verificar até que ponto o Judiciário deve estar autorizado a avançar (SOUZA NETO, 2008, p. 535). Destarte, o Judiciário deve limitar sua atuação a garantir um mínimo de liberdade ao cidadão na sua vida privada e em sociedade.

O segundo parâmetro concentra-se na limitação da atuação do Judiciário em prol dos hipossuficientes, haja vista que os recursos são escassos e, por consequência, deve-se priorizar a garantia dos direitos sociais para os mais pobres. Por certo, o atendimento irrestrito de toda a coletividade exigiria patamares de renda *per capita* bem superiores aos brasileiros. A hipossuficiência deve ser verificada no caso concreto, já que os direitos sociais prestacionais só são exigíveis perante o Judiciário quando os seus titulares são incapazes de arcar com os seus custos a partir de recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas (SOUZA NETO, 2008, p. 539).

O terceiro parâmetro afeto à possibilidade de universalização da medida tenciona que os direitos sociais só são judicialmente exigíveis quando a prestação requerida for passível de extensão a todos os cidadãos igualmente hipossuficientes (SOUZA NETO, 2008, p. 541).

O quarto parâmetro consiste no dever de considerar o sistema de direitos sociais em sua unidade, de forma a garantir condições dignas de vida para os hipossuficientes, não necessariamente a observância de cada direito social em espécie. Incumbe ao Judiciário, quando examina a omissão estatal na concretização de determinado direito social, verificar a relação que o direito mantém com o restante dos direitos sociais também garantidos pela ordem constitucional brasileira (SOUZA NETO, 2008, p. 541).

O quinto parâmetro aduz que havendo divergência entre a solução técnica previamente apresentada pela Administração e a apresentada pelo demandante, a primeira tem prioridade sobre a segunda³¹. A solução técnica da Administração deve ser apresentada antes do ajuizamento da ação, na forma de política pública já institucionalizada. A formulação casuística de soluções técnicas pelo Estado lhes reduz a confiabilidade e as vantagens comparativas em relação às propostas pelo demandante (SOUZA NETO, 2008, p. 541-542).

O sexto parâmetro refere-se à concessão de prioridade para solução mais econômica, isto é, se há duas soluções técnicas adequadas para o mesmo problema, o magistrado deve optar pela que demande menor gasto de recursos públicos³². A adoção deste critério privilegia a universalização da medida (SOUZA NETO, 2008, p. 542).

O sétimo e último parâmetro remete à variação da intensidade do controle jurisdicional de acordo com os níveis de investimento em políticas sociais. Se a Administração investe consistentemente em direitos sociais, executando efetivamente o orçamento, o Judiciário deve ser menos incisivo no controle das políticas no setor. Se a Administração não realiza esses investimentos, o controle jurisdicional deve ser mais intenso (SOUZA NETO, 2008, p. 542)³³.

³¹ Souza Neto (2008, p. 541) cita como exemplo a hipótese em que o Estado oferece procedimento médico para determinada patologia, não havendo, em regra, como o Judiciário determinar que arque com os custos de outro procedimento desenvolvido para a mesma patologia, por ter sido prescrito pelo médico privado.

³² Souza Neto (2008, p. 542) cita como exemplo hipótese em que o jurisdicionado requer a entrega de medicamento fabricado por determinado laboratório, mas há medicamento genérico mais barato.

³³ Souza Neto (2008, pp. 543-546) enuncia também parâmetros processuais de atuação do Judiciário, quais sejam: prioridade para as ações coletivas; legitimidade de decisões em ações individuais, em regra, apenas nas hipóteses de dano irreversível e de inobservância de direitos conferidos pelo legislador e pelo

A fixação de parâmetros de atuação do Poder Judiciário para efetivação de políticas constitui tema tormentoso, ainda mais considerada a enchente de ações judiciais pleiteando prestações sociais que deveriam constituir objeto de políticas públicas que, todavia, não foram planejadas nem executadas pelo Poder Executivo.

Ocorre que a omissão no que se refere às políticas públicas não se concentra só no Poder Executivo, e sim – e quiçá principalmente – no Poder Legislativo. A afirmação pode parecer incisiva e extremista, todavia a gestão dos recursos públicos consignada aos administradores públicos somente será realizada – ainda que de forma inadequada – se tais recursos forem previstos em lei orçamentária, se forem objeto de planejamento quanto ao binômio demanda *versus* disponibilidade/contingenciamento.

As omissões legislativas na esfera dos direitos sociais e a intervenção judicial para suprimento destas constituem importante premissa para lograr êxito em aferir a utilidade da ADPF na colmatação de lacunas, tornando-se necessário destinar um tópico específico³⁴ adiante para o assunto a fim de elucidar com clareza solar a importância do instrumento.

2.3 (In) completude do ordenamento: silêncio eloquente, lacuna e omissão constitucional

Estudada a conjuntura de legitimação do Poder Judiciário na tutela dos direitos sociais fundamentais, importa ressaltar as cargas eficaciais das normas definidoras de direitos fundamentais sintetizadas por Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 295). Estas acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo desta norma, além de conter imposições que vinculam o legislador no sentido de que este não apenas está obrigado a concretizar os programas, tarefas, fins e ordens, mas também que não pode afastar-se dos parâmetros preestabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações (nível de programaticidade).

administrador, em lei ou programa já instituído; atribuição do ônus da prova de que não tem recursos à Administração; ampliação do diálogo institucional.

³⁴ Ver item 3.2.3.

O mandamento de eficácia impõe, ainda, a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição se forem colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais, bem como a proibição de retrocesso, impedindo que o legislador promova a abolição de posições jurídicas já consagradas em favor dos direitos sociais.

A própria liberdade de conformação do legislador resta limitada quando se trata do padrão mínimo da dignidade da pessoa humana, entendimento comungado por Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008, p. 23):

Relevante, todavia, é a constatação de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira.

O direito social, uma vez concretizado, passa a fazer parte do conteúdo de proteção constitucional. Em outras palavras, é dizer que, promovida a regulamentação de determinado dispositivo constitucional de índole social, o legislador não pode, ulteriormente, retroceder no tocante à matéria, revogando ou prejudicando o direito já reconhecido. O princípio da vedação do retrocesso não está expresso no texto da vigente Constituição Federal, mas pode ser abstraído de vários princípios constitucionais, dentre eles: segurança jurídica; dignidade da pessoa humana; máxima efetividade (art. 5º, §1º); e democrático.

A revogação dos direitos já postos, assim como as omissões legislativas geram um déficit na efetividade dos direitos sociais, uma vez que o Poder Executivo acaba valendo-se da incompletude do ordenamento jurídico para obstaculizar a prestação social, argumentando que a Administração Pública deve fazer somente o que está previsto em lei e, não estando, justificada está sua inação. Ocorre que o indivíduo, titular de direitos e deveres, não pode ser privado do que se convencionou denominar

mínimo existencial³⁵, isto é, deve receber do Estado a tutela do núcleo essencial convergente à dignidade da pessoa humana.

Vislumbrada a impossibilidade de regressão dos direitos sociais fundamentais já alcançados pelo homem, importa dizer que isto não implica completude do ordenamento jurídico. Apesar de muitos direitos já estarem consagrados, isto não quer dizer que a legislação subsiste desta forma por si só e logrou êxito em alcançar seu estágio máximo de garantismo, haja vista que não existe legislação suficiente para tutelar cada caso concreto ou uma só norma que alcance todas as posições jurídicas. Muitas vezes faz-se necessário valer-se de analogia, princípios gerais do direito e equidade para respaldar determinada situação não expressamente positivada.

Norberto Bobbio (1994, p. 115), em sua obra Teoria do Ordenamento Jurídico, traz seu entendimento sobre completude:

Por “completude” entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente “lacuna” (num dos sentidos do termo “lacuna”), “completude” significa “falta de lacunas”. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema. Para dar uma definição mais técnica de completude, podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem uma certa norma nem a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não comprehende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite.

Trabalhando com a noção de *civil law* aplicável ao direito brasileiro, não se afigura possível a completude do ordenamento, vez que sempre existe uma lacuna a ser preenchida, diante da impossibilidade de previsão dos inúmeros casos submetidos à apreciação judicial.

³⁵ TORRES (2009, p. 07): No Estado Social Fiscal, correspondente à fase do Estado de Bem-estar Social ou Estado-Providência, a proteção ao mínimo existencial se faz por mecanismo paternalistas e a respectiva ideologia se aproxima da concepção de justiça social. Hoje, no Estado Democrático de Direito, aprofunda-se a meditação sobre o mínimo existencial, sob a ótica da teoria dos direitos humanos e do constitucionalismo.

Importa salientar que nem todas as omissões constituem lacunas. Isto porque, pode ser que se trate de silêncio eloquente, isto é, que propositalmente tenha sido omitido determinado aspecto. A questão concentra-se em entender que se a lei não disse é porque não quis dizer e isto não constitui lacuna nem omissão inconstitucional.

Nas palavras de Hélio Silvio Ourem Campos (2012, p. 02), em artigo sobre reedição de medidas provisórias:

Exige-se um mínimo de segurança jurídica, de modo que não se atribua às autoridades públicas a faculdade de fazer algo que a lei não comanda. Se não há o comando constitucional pela reedição de medidas provisórias, isto não significa uma omissão ou uma inadvertência do legislador constituinte. Não disse, porque não quis dizer. Não se trata de uma lacuna, mas de um *silêncio eloquente*. A diferença entre uma e outra existe, dado que não há lacuna sempre que a lei se mantenha em silêncio. Pode haver o silêncio, e não haver lacuna jurídica. Basta que a matéria seja do conhecimento do legislador; e, mesmo assim, ele não haja disposto sobre ela.

Karl Larenz (1989, p. 448), em sua obra Metodologia da Ciência do Direito, leciona sobre conceitos de lacuna e de silêncio eloquente:

Mas, quando existe uma lacuna da lei, tal carece de uma explicação mais concreta. Poderia pensar-se que existe uma lacuna só quando e sempre que a lei – entendida esta, doravante, como uma expressão abreviada da totalidade das regras jurídicas susceptíveis de aplicação dadas nas leis ou no Direito consuetudinário – não contenha regra alguma para uma determinada configuração no caso, quando, portanto, se mantém em silêncio. Mas existe também um silêncio eloquente da lei.

O STF³⁶, desde muito tempo, também apresentou a diferença entre silêncio eloquente e lacuna no seguinte julgado:

Conflito de competência entre Sindicato de empregados e empregadores sobre o recolhimento da contribuição estipulada em convenção ou acordo coletivo de trabalho. Interpretação do art. 114, da Constituição Federal. Distinção entre lacuna da lei e ‘silêncio eloquente’ desta. Ao não se referir o art. 114, da Constituição, em sua parte final, aos litígios que tenham origem em convenção ou acordos coletivos, utilizou-se ele do ‘silêncio eloquente’, pois essa hipótese já estava alcançada pela previsão anterior do mesmo artigo, ao facultar à lei ordinária estender, ou não, a competência da Justiça do Trabalho a outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, ainda que indiretamente. Em consequência, e não havendo lei que atribua

³⁶ Supremo Tribunal Federal brasileiro. Recurso Extraordinário nº 130552. São Paulo. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Diário da Justiça 28.06.91, p. 8907. Ementário Vol. 1626-03, p. 525. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Vol. 136-03, p. 1340. Julgamento em 04.06.91. 1ª turma. Unânime.

competência à Justiça Trabalhista para julgar relações jurídicas como as sob exame, é competente para julgá-la a Justiça Comum.

Diferentemente do silêncio eloquente, a omissão decorre de uma lacuna inconstitucional. Segundo Cléve (2000, p. 53), há três espécies de lacunas no ordenamento jurídico, sendo que nem todas são consideradas inconstitucionais. A primeira espécie de lacuna consiste nas normas de eficácia limitada ou reduzida, que pressupõem uma atuação do legislador ordinário para que possam ser efetivadas. A segunda espécie consiste naquelas normas que não exigem integração. A terceira espécie converge para as normas que exigem integração, mas não pela atuação do legislador, e sim pela aplicação pelo juiz da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Infere-se que somente a primeira espécie de lacuna pode ensejar a inconstitucionalidade por omissão, pois a norma de eficácia limitada não produz a plenitude de seus efeitos, dependendo da integração da lei (lei integradora). Os instrumentos processuais a combater esta espécie de omissão são a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção³⁷.

Em síntese, a falta de uma norma denomina-se “lacuna” e a completude do ordenamento significa ausência de lacunas, permitindo que o juiz encontre normas

³⁷ José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p. 118-120) faz reflexão sobre os institutos processuais em Portugal: A incompreensão teórico-dogmática da aplicação directa de normas constitucionais e, sobretudo, da normatividade da constituição, leva também muitos autores a contestar a bondade jurídico-constitucional da consagração de institutos como os da inconstitucionalidade por omissão, ou o do mandado de injunção. O problema conexiona-se com aquilo a que se poderia chamar o “desencanto da lua de mel”, tal como recentemente no-lo descreveu Ralf Dahrendorf (*Reflexões sobre a Revolução na Europa*). Ouçamo-lo: “Todas elas (as revoluções) começam com uma lua de mel – depois de obtida sem grande derramamento de sangue a vitória sobre o antigo regime – à medida que o caminho é aberto para a regeneração, sobre a qual os homens tanto falaram e pela qual há tanto tempo anseiam”. [...] Condensam-se nestas linhas alguns dos problemas levantados pela hipertrofia de imposições constitucionais. Elas são, muitas vezes, expressão mais de uma “ética de convicção” do que de uma “ética de responsabilidade prática”, e, por isso, a consequência será a grandiloquência nas palavras e a da fraqueza dos actos. Os constituintes moderados aceitam, no momento fundacional, compromissos emancipatórios semanticamente formulados, mas não acreditam neles nem tencionam levá-los à prática. Isto só demonstra, porém, duas coisas. Em primeiro lugar, revela que é preciso parcimônia normativa quanto à positivação constitucional de imposições. Em segundo lugar, torna-se necessário assegurar a *externalização* das acções constitucionais tendentes a assegurar o cumprimento da constituição. Diferentemente do que acontece hoje com as propostas de certos quadrantes políticos de Portugal, o instituto da inconstitucionalidade por omissão deve manter-se, não para deslegitimar governos e assembleias inertes, mas para assegurar uma via de publicidade crítica e processual contra a constituição não cumprida.

suficientes para tutelar todos os casos submetidos à sua apreciação. Pode ocorrer o silêncio da lei e isto não se tratar de lacuna nem de omissão e, para tanto, basta que o legislador tenha conhecimento da matéria e opte por não dispor sobre ela, ensejando o silêncio eloquente. Pode ser, ainda, que uma lacuna seja causa de uma omissão inconstitucional, o que ocorre se normas de eficácia limitada ou reduzida, que pressupõem uma atuação do legislador ordinário para que possam ser efetivadas, deixem de ser objeto da respectiva lei regulamentadora.

2.4 Limites aos direitos sociais fundamentais: teorias e fundamentos

Desvinculado de um objetivo de estabelecer verdades universais, este estudo possibilita a discussão sobre quais os limites e condições para se reconhecer ao indivíduo um direito subjetivo, de modo que possa exigir judicialmente do Estado uma determinada prestação material, com fundamento na dignidade da pessoa humana e em normas proclamatórias de direitos sociais fundamentais. Ainda que sob a égide de normas de cunho programático, vislumbra-se a possibilidade de consagração de uma posição jurídico-subjetiva que ultrapassa a noção de direito subjetivo individual a ser implementado pelo Estado.

Tratando especificamente dos direitos prestacionais, Sarlet (2009, p. 297) aduz que:

Os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e normas infraconstitucionais), já que contêm princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica, resultando, ainda neste contexto, no condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário na aplicação, interpretação e concretização de suas normas e das demais normas jurídicas.

Os direitos fundamentais a prestações – mesmo os que reclamam uma *interpositio legislatoris* – geram sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva, tomando-se esta, consoante assinalado alhures, em um sentido amplo, e não restrita à concepção de um direito subjetivo individual a determinada prestação estatal.

Recorrentemente, diante da impotência do Estado em cumprir na íntegra seu dever constitucional de conceder bem estar e vida digna aos seus nacionais, alega-se a

impossibilidade de atender todas as demandas sociais em razão do fenômeno denominado “reserva do possível”, que inapropriadamente foi transportado para a jurisprudência brasileira a fim de conciliar a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo e a crescente judicialização dos direitos sociais. No Brasil, melhor seria denominar a questão como teoria da escassez de recursos, pois reserva remete a algo que se encontra resguardado, o que não se coaduna à intenção da teoria que é exatamente de deixar de fornecer aquilo que não há reserva diante de sua impossibilidade por ausência de recursos financeiros.

Essa expressão surgiu na Suprema Corte alemã em 1972 a partir do julgamento de questão afeta ao acesso ao ensino superior na Alemanha. A Constituição deste país, diferentemente do Brasil, não consagra um rol de direitos sociais, o que deu ensejo ao entendimento da Corte de que a liberdade de escolha profissional, entendida como direito social, deriva do acesso a universidade. No caso, avaliou-se que não havia possibilidade do Estado fornecer vaga para todos os interessados em ingressar na universidade, cabendo ao Poder Legislativo dar prioridade ou não ao investimento necessário para suprir a demanda por ingresso no ensino superior. Desse modo, consagrou-se a teoria da reserva do possível do Estado.

Na Alemanha, a teoria em questão partiu do direito de liberdade profissional (direito negativo) para se chegar ao direito ao acesso à universidade a ser prestado pelo Estado (direito positivo). Quando importada para o Brasil, a teoria recebeu outro viés³⁸, sendo adotada para justificar a insuficiência de todo e qualquer direito prestacional.

³⁸ Andreas J Krell (2002, p. 51-52) faz veemente crítica à importação da teoria da reserva do possível da Alemanha: “Como vemos, a interpretação dos direitos sociais fundamentais não é uma questão de lógica, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo. É questionável a transferência de teorias jurídicas, que foram desenvolvidas em países “centrais” do chamado Primeiro Mundo com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes. [...] Essa teoria, na verdade, representa uma representação de um tópos da jurisprudência constitucional alemã (*Der Vorhalt des Möglichen*), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos. Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas

Nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 30) extrai-se que a reserva do possível apresenta dimensão tríplice, sendo que a primeira consagra a efetiva disponibilidade fática, significando a existência de recursos necessários para a satisfação dos direitos prestacionais.

Mister analisar se o Estado tem recursos para tratamento de determinado indivíduo ou para o tratamento de todos que necessitam, pois, diante do princípio da isonomia, deve-se buscar a universalização da prestação social, de modo a aferir se dentro do orçamento da saúde, por exemplo, seria razoável exigir que o Estado atenda um ou alguns indivíduos selecionados por demandas judiciais sem prejudicar outros investimentos, bem como o atendimento à saúde dos demais necessitados³⁹.

A possibilidade fática, existência de recursos para o atendimento das prestações exigidas do Estado, pode ser analisada sob dois prismas: o primeiro submete a análise ao caso concreto, de forma individual; o segundo, em razão do princípio da igualdade, submete a análise à possibilidade de universalização daquela prestação. Uma medida paliativa, mas não resolutiva, para a questão é a maior utilização de ações coletivas, tendo em vista que nas ações individuais o Poder Judiciário tende a fazer uma análise isolada daquela situação posta em confronto com outros fatores.

universidades públicas para atender a todos os candidatos. Alguns autores brasileiros (o autor cita, como exemplo: BRANCO, Paulo G. Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar F. et al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2000, p. 146ss. acataram a argumentação da “reserva do possível” negando de maneira categórica a competência dos juízes (“não legitimados pelo voto”) a dispor sobre as medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários.

³⁹ A bem da verdade, no Brasil, atualmente, com a guerra de ações civis públicas e mandados de segurança pleiteando medicamentos e internações em UTI, observa-se que as filas de urgência estipuladas pela regulação do SUS são prejudicadas pela inserção de pacientes por via da concessão de liminares judiciais. Este fenômeno tem determinado o destino de muitas pessoas, já que, diante da impossibilidade de pagamento de medicamentos para todos e da inexistência de vagas suficientes em leitos de UTI, por vezes, a decisão judicial escolhe quem receberá o tratamento e quem morrerá. Anote-se que muitas pessoas leigas sequer conhecem a divisão de competências do Estado e as funções institucionais do Ministério Público e Defensoria Pública, de modo que não chegam nem a recorrer a estas instituições para ver seus direitos respeitados. A ministra Ellen Gracie mencionou em seu voto na STA 175 - Ag. Reg./CE-STF que: “Os médicos são obrigados a decidir quem vai morrer, porque vão ter que tirar alguém da UTI.” Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2.013.

A segunda dimensão consiste na disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, a qual tem estrita conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas. Destarte, se os recursos orçamentários forem destinados de forma desproporcional ao bel arbítrio do Estado torna-se viável a intervenção do Poder Judiciário.

A terceira dimensão da teoria da reserva do possível consiste na proporcionalidade da prestação e razoabilidade da exigência. O caso concreto é fundamental para se decidir se é razoável exigir determinada prestação. A reserva do possível é matéria de defesa do Estado, cabendo a este, portanto, provar a impossibilidade de atender a demanda pretendida. A negação genérica não serve para fundamentar a decisão proferida pelo Poder Judiciário, sendo necessário que o Estado apresente seu orçamento, as necessidades coletivas e aquelas de outras pessoas que se encontram na mesma situação do demandante e que não serão atendidas por ausência de recursos.

No que concerne ao embate entre mínimo existencial e reserva do possível, Ricardo Lobo Torres (2008, p. 81-82) entende que:

A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a *reserva do possível*, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais.

Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discretionaryade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas *garantias institucionais da liberdade*, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.)

Interessantes argumentos sobre a esfera de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais foram esposados por Ana Paula de Barcellos (2008, p. 125):

O controle das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais – seja esse controle político-social ou jurídico – envolve ao menos duas questões morais. Em primeiro lugar, a discussão sobre o tema assume como padrão moral – e também jurídico, não há dúvida – a centralidade do homem e de seus direitos no contexto do Estado e do Direito. Assim, opções em matéria de políticas públicas que claramente violem essa diretriz, funcionalizando o indivíduo, serão moralmente *erradas*. Em tais casos, o controle jurisdicional

terá sua legitimidade incrementada na medida em que seja possível agregar aos fundamentos jurídicos também o fundamento moral, a fim de qualificar a opção do Poder Público como *moralmente errada*.

Este pensamento converge para a necessária envoltura da atuação do Poder Judiciário sob o pálio da ética, justificando a mencionada reaproximação no constitucionalismo contemporâneo entre direito e moral. Isto porque, o magistrado diante de uma colisão de direitos fundamentais que envolva um desacordo moral razoável deve primar por preceitos hermenêuticos formulados em abstrato anteriormente àquele conflito, concebendo o direito como um mínimo ético que ponderará a solução mais adequada e justa ao caso concreto. Neste sentido as lições de George Marmelstein (2008, p. 59-60):

Todas as situações envolvendo o fenômeno da colisão de direitos fundamentais são de complexa solução. Tudo vai depender das informações fornecidas pelo caso concreto e das argumentações apresentadas pelas partes do processo judicial. Daí porque é preciso partir para a ponderação para solucionar esse conflito.

Converge-se para a premissa de que o jurista, diante de direitos igualmente garantidos pela Constituição Federal, deve buscar a máxima otimização da norma, tornando-a efetiva até onde for possível atingir o máximo da vontade constitucional sem sacrificar outros direitos paritariamente protegidos. Deve-se analisar quais prestações são razoavelmente exigíveis da sociedade, efetivando-as no maior grau possível sem privar os demais indivíduos da recepção das mesmas prestações e sem exorbitar a esfera dos limites do razoável, o que pressupõe bom senso e ética.

Infere-se que a reserva do possível só deve ser admitida quando da existência de justo motivo objetivamente aferível e, neste sentido, o Estado deve comprovar que já foram providenciadas todas as diligências para contingenciamento do orçamento e, ainda sim, a prestação social não pode ser implementada por escassez de recursos. Independentemente desta insuficiência, não se pode alegar esta teoria quando se está diante do atendimento do mínimo para uma existência digna. Corroborando este pensamento, Ana Paula Barcellos (2002, p. 245-246):

[...] a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode

ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. 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. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

A construção histórica dos direitos sociais convergiu para que o Poder Judiciário atuasse cada vez mais na seara de sua implementação, de modo que há um consenso de que em se tratando de direitos mínimos à dignidade da pessoa humana a intervenção do Poder Judiciário é legítima, devida e necessária em caso de inércia dos demais Poderes. Se esta intervenção será denominada judicialização de direitos ou ativismo judicial não importa, o que deve ser destacada é a impossibilidade de que um direito fundamental não seja atendido a contento em razão de políticas públicas ineficientes ou de vácuos legislativos.

Concedida a tutela de direitos sociais fundamentais por via de uma decisão judicial, a alocação de recursos de outras áreas deve ser feita para cumprir o comando. Caso seja impossível o contingenciamento dos recursos, provado processualmente, instaura-se, então, um conflito que não pode ser resolvido pelo juiz, porque neste ponto estará determinando que seja efetivada uma prestação em detrimento de um semelhante que será privado desta mesma prestação. Estar-se-á escolhendo entre duas grandezas iguais aquela prevalecente sem respeito aos critérios de isonomia. Somente nesta hipótese legitima-se o não cumprimento de uma demanda por direitos sociais, justificada pelo postulado da proporcionalidade, em sua máxima da adequação.

Outra limitação aos direitos sociais fundamentais a ser destacada concentra-se no princípio democrático, que viabiliza a eleição pelo povo de seus representantes, os quais detêm o poder de destinar os recursos públicos. Quando as escolhas parlamentares em termos de orçamento e gastos públicos contrapõem-se à concessão de prestações

sociais deve-se também solucionar a celeuma por via da ponderação de interesses, valendo-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Registre-se que sempre que uma restrição judicial ou legal, apesar de adequada e necessária, violar o núcleo essencial do direito fundamental ou, de forma inequívoca, o conteúdo mínimo de dignidade da pessoa humana, ela será desproporcional.

Ainda como limite aponta-se o princípio da separação dos poderes, que determina a divisão de competências que se interligam quanto à problemática da realização dos direitos sociais fundamentais. Diante da ineficiência no exercício das suas respectivas funções pelos Poderes Legislativo e Executivo, arvorou-se, na condição de depositário da credibilidade do jurisdicionado, o Poder Judiciário para determinar prestações sociais negligenciadas pelo Estado.

Todas as limitações aos direitos fundamentais exigem uma fundamentação constitucional e podem ser de três espécies. A primeira remete àquelas expressas na Constituição (SARLET, 2009, p. 392), limitando o próprio exercício do direito, tal como ocorre por intermédio do art. 5º, inc. IV, CFB: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Com este dispositivo exclui-se o anonimato da esfera de proteção da liberdade de pensamento.

A segunda limitação, denominada restrição indireta, refere-se àquela expressamente autorizada pela Constituição e implementada pelo legislador, respeitando a reserva legal, decorrente de disposições constitucionais que autorizam o legislador a intervir no âmbito de proteção dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 392). Exemplificativamente, o art. 5º, inc. XIII, CFB dispõe: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

A terceira limitação concerne às aquelas implicitamente autorizadas pela Constituição, também designadas pelas situações de colisões entre direitos fundamentais ou outros bens jurídicos-constitucionais (SARLET, 2009, p. 393-394). São limites que não estão explicitados no texto constitucional, mas que decorrem do

sistema constitucional sem que haja expressa autorização para a lei restringir. Tendo em vista a caracterização dos direitos fundamentais como posições jurídicas *prima facie*, não raro encontram-se eles sujeitos a ponderações em face de situações concretas de colisão, nas quais a realização de um direito pressupõe, pelo menos em parte, o sacrifício de outro. Exemplo disto encontra-se no art. 5º, inc. IX, CFB: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”

As limitações apresentadas decorrem justamente do fato de as demandas sociais serem ilimitadas. Em contraponto, os recursos são escassos e devem ser respeitados o princípio democrático e o princípio da separação dos poderes, desde que tais restrições tenham lastro constitucional e não invabilizem a realização normativa e fática dos direitos sociais atinentes à fruição da dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, o Poder Judiciário deve ponderar se, no caso concreto submetido à sua análise, está tutelando o direito em favor de um indivíduo sem impedir a universalização daquele direito a toda a coletividade. Tratando-se de direito referente à garantia da dignidade da pessoa humana, sendo a medida proporcional e não impediente de outros direitos igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico, nada pode obstaculizar a determinação judicial, ainda que, para tanto, seja necessário valer-se das prerrogativas da coercibilidade inerente à norma jurídica esposada nas decisões judiciais.

CAPÍTULO 3

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No terceiro capítulo, estuda-se o modelo brasileiro de controle judicial de constitucionalidade, enfocando a arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de garantia de eficácia dos direitos sociais fundamentais. A partir da ambiência da arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento processual perante o STF, está viabilizado o percurso para discussão da tutela do mínimo existencial, inclusive do direito à saúde, em confronto com a escassez e contingenciamento de recursos do Poder Público. Para tanto, faz-se incursão sobre as omissões legislativas inconstitucionais em sede de direitos sociais. Por derradeiro, procede-se à análise da ADPF nº 45 e da STA nº 175, discorrendo sobre a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao STF e a relação entre a retórica da reserva do possível e a omissão legislativa na seara do direito à saúde.

3.1 Controle judicial de constitucionalidade no modelo brasileiro

3.1.1 Conceito, supremacia e rigidez da Constituição

O estudo do tema controle de constitucionalidade das leis necessariamente perpassa pela Teoria da Constituição. Para discorrer sobre controle de constitucionalidade é preciso também adentrar nas teorias da supremacia e rigidez constitucional. De suma relevância desponta a teoria de Hans Kelsen quanto à norma hipotética fundamental e escalonamento do ordenamento jurídico. Veja-se a consideração feita em sua obra Teoria Pura do Direito:

O escalonamento (*Stufenbau*) do ordenamento jurídico – e com isso se pensa apenas no ordenamento jurídico estatal único – pode ser representado talvez esquematicamente da seguinte maneira: o pressuposto da norma fundamental coloca a Constituição na camada jurídico-positiva mais alta – tomado-se a

Constituição no sentido material da palavra – cuja função essencial consiste em regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral, ou seja, da legislação. (KELSEN, 2001, p. 103)

Depreende-se ser a Constituição a mais alta expressão jurídica da soberania popular e nacional. É o instrumento seguro para a manutenção do Estado de Direito. A Carta Magna é o meio pelo qual uma sociedade se organiza e restringe atos ou exige prestações estatais, seja prescrevendo direitos, deveres e garantias, seja conferindo o fundamento de validade de todas as leis e atos normativos.

Vários sentidos foram atribuídos à Constituição por estudiosos ao longo do desenvolvimento da ciência jurídica. Dentre eles pode-se destacar a Constituição em sentido sociológico, cujo mentor foi Ferdinand Lassale⁴⁰, ao defender a tese de que uma Constituição só se legitima quando representa o efetivo poder social (fatores reais de poder), refletindo as forças sociais que constituem o poder. Tem-se também a Constituição em sentido político que, nas lições de Carl Schmitt⁴¹, em razão de

⁴⁰ Ferdinand Lassalle (2010, p. 12-13): “Esta incógnita que estamos investigando apóia-se, simplesmente, nos fatores reais do poder que regem uma determinada sociedade. Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são. Vou esclarecer isso com um exemplo. Naturalmente, este exemplo, como vou expô-lo, não pode realmente acontecer. Muito embora este exemplo possa dar-se de outra forma, não interessa sabermos se o fato pode ou não acontecer, mas sim o que o exemplo nos possa ensinar se este chegasse a ser realidade. Não ignoram os meus ouvintes que na Prússia somente têm força de lei os textos publicados na Coleção Legislativa. Esta Coleção imprime-se numa tipografia concessionária instalada em Berlim. Os originais das leis guardam-se nos arquivos do Estado, e em outros arquivos, bibliotecas e depósitos, guardam-se as coleções legislativas impressas. Vamos supor, por um momento, que um grande incêndio irrompeu e que nele queimaram-se todos os arquivos do Estado, todas as bibliotecas públicas, que o sinistro destruísse também a tipografia concessionária onde se imprimia a Coleção Legislativa e que ainda, por uma triste coincidência – estamos no terreno das suposições -, igual desastre ocorresse em todas as cidades do país, desaparecendo inclusive todas as bibliotecas particulares onde existissem coleções, de tal maneira que em toda a Prússia não fosse possível achar um único exemplar das leis do país. Suponhamos que um país, por causa de um sinistro, ficasse sem nenhuma das leis que o governavam e que, por força das circunstâncias, fosse necessário decretar novas leis. Neste caso, o legislador, completamente livre, poderia fazer leis de capricho ou de acordo com o seu próprio modo de pensar?”

⁴¹ Carl Schmitt (1992, p. 47): “La Constitución como decisión. Es necesario hablar de La Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de Constitución. Al mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividad de las distintas leyes constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es solo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en La Monarquía auténtica.” Tradução nossa: A Constituição como decisão. É necessário falar da Constituição como uma unidade e conservar entretanto um sentido absoluto de Constituição. Ao mesmo tempo, é preciso conhecer a relatividade das distintas leis constitucionais. A distinção entre Constituição e lei constitucional só é possível, no entanto, porque a essência da Constituição não está contida em uma lei ou em uma norma.

considerá-la como produto de uma decisão política, constitui a decisão do titular do poder constituinte: o povo.

Constituição também pode ser definida tomando-se o sentido formal e material. Para o sentido formal o que interessa é a forma como foi introduzida no ordenamento jurídico. As normas constitucionais são documentos solenes e somente modificáveis por processos especiais previstos na Constituição. Já para o sentido material, o importante, para definir se uma norma é constitucional ou não, é o seu conteúdo, independentemente da forma como aquela norma fora introduzida no ordenamento jurídico.

Constituição em sentido jurídico é aquela equivalente à norma fundamental, que remete ao conjunto de normas que regulam a criação de outras normas. Percebe-se um verdadeiro escalonamento de normas, uma constituindo o fundamento de validade de outra, numa verticalidade hierárquica.

Em um conceito compatibilizado à atual conjuntura, Constituição é um complexo de normas e princípios que presidem a suprema organização do Estado e regulam a divisão e atuação dos poderes, funções de seus órgãos e respectivos limites, além das relações entre a soberania política e os governados. Limita a atuação do governo, pois estabelece faixas de competência para os poderes. O respeito à Carta Magna também é um direito das pessoas, visto estabelecer um elenco de garantias fundamentais aos seres humanos.

O objeto da Constituição se confunde com o objeto do Direito. O Direito é todo dever-ser (norma) produzido, autorizado ou reconhecido pelo Estado. O objeto de uma Constituição converge para a proteção dos bens tutelados, observando e selecionando a conduta humana que tenha algum interesse a ser protegido por uma instituição estatal.

Para melhor compreensão, observe a lição de Hans Kelsen (2001, p. 103):

No fundo de toda normatização reside uma decisão política do titular do poder constituinte, isto é, do povo na democracia e do monarca na monarquia autêntica.

A análise da consciência jurídica positiva, que põe a descoberto a função da norma fundamental, requer que se traga à luz uma particularidade singular do direito: que o direito regula sua própria criação, de modo que uma norma jurídica regula o procedimento pelo qual outra norma jurídica é produzida, e – em diversos graus – também regula o conteúdo da norma a ser produzida. (...)

Devido ao caráter dinâmico do direito, uma norma vale porque e até ser produzida através de outra norma, isto é, através de outra determinada norma, representando esta o fundamento da validade para aquela. A relação entre a norma determinante da produção de outra e a norma produzida de maneira determinada pode ser representada com a imagem espacial do ordenamento superior e inferior. A que determina a produção é a mais alta, e a produzida de modo determinado é a mais baixa(...). Sua unidade se deve à conexão, que acontece porque a produção e, desta forma, a validade de uma reverte para a outra, cuja produção novamente é determinada pela outra; um regresso que desemboca, finalmente, na norma fundamental, na regra fundamental hipotética e, consequentemente, no fundamento de validade mais alto, aquele que cria a unidade desta conexão de produções.

Nesse sentido, seguindo o pensamento de Hans Kelsen, uma norma jurídica para ser válida necessita buscar seu fundamento de validade em uma norma superior até atingir a norma hipotética fundamental. Tem-se, assim, a Constituição como conjunto de normas jurídicas fundamentais e supremas de um Estado e que servem de parâmetro de validade para as demais normas do ordenamento jurídico.

No corpo de um texto constitucional estão contidas as normas que representam os anseios, as ideias, o pensamento de um povo, de uma sociedade política. Destarte, a Constituição, tida como o reflexo dos anseios de uma sociedade erigidos à categoria de fundamentais, deverá estar acima de todo o ordenamento jurídico que buscará a validade de suas normas naquele documento.

A compreensão da Constituição como lei fundamental implica o reconhecimento da sua supremacia no ordenamento jurídico. Nesse norte, qualquer norma que não esteja de acordo com a primazia constitucional compromete a harmonia do ordenamento e viola ao menos um princípio essencial, qual seja o da supremacia da constituição.

O princípio da supremacia constitucional reflete a exigência de que todos os atos praticados pelo Estado estejam em conformidade com o texto constitucional, ocupando a Constituição o grau máximo da relação hierárquica das normas. Para alguns estudiosos, a supremacia da constituição deriva diretamente da sua rigidez, ou seja, da

necessidade de um processo qualificado para que possa ser alterada, mais complexo do que o exigido para a alteração das demais normas.

Além disso, tem-se que a supremacia constitucional expressa a soberania popular e constitui o reflexo dos ideais de um povo. A transposição de uma Constituição pressupõe a mudança de paradigma, a ruptura de um modo de viver, diferentemente do que ocorre quando há uma alteração legislativa⁴². Em assim sendo, nada mais adequado que a Constituição ocupe o ápice do ordenamento jurídico e norteie as decisões judiciais, concedendo fundamento de validade às demais normas jurídicas.

As constituições flexíveis permitem que uma lei posterior altere o texto constitucional por estar no mesmo nível de hierarquia da Constituição, mesmo que tenha texto incompatível com esta. No Brasil, isso não é permitido, pois a Constituição pátria é rígida e determina processo qualificado para alteração de seu texto. Nessa perspectiva, no Brasil, uma norma infraconstitucional incompatível com a Constituição jamais poderá alterar o texto desta, emergindo a necessidade de incidência de controle de constitucionalidade sobre a referida norma.

Os preceitos de controle estão intimamente vinculados ao de rigidez constitucional. Somente em constituições rígidas, em relação às quais se entende que

⁴² Ferdinand Lassalle (2010, p. 8): “[...] qual a diferença entre uma Constituição e uma lei? Ambas, a lei e a Constituição, têm, evidentemente, uma essência genérica comum. Uma Constituição, para rege, necessita de aprovação legislativa, isto é, tem que ser também lei. Todavia, não é uma lei como as outras, uma simples lei: é mais do que isso. Entre os dois conceitos não existem somente afinidades; há também dessemelhanças. Estas fazem com que a Constituição seja mais do que simples lei e eu poderia demonstrá-las com centenas de exemplos. O país, por exemplo, não protesta pelo fato de constantemente serem aprovadas novas leis; pelo contrário, todos nós sabemos que se torna necessário que todos os anos seja criado maior ou menor número de leis. Não pode, porém, decretar-se uma única lei que seja, nova, sem alterar a situação legislativa vigente no momento de sua aprovação. Se a nova lei não motivasse modificações no aparelhamento legal vigente, seria absolutamente supérflua e não teria motivos para ser aprovada. Por isso, não protestamos quando as leis são modificadas, pois notamos, e estamos cientes disso, que é esta a missão normal e natural dos governos. Mas, quando mexem na Constituição, protestamos e gritamos: ‘Deixem a Constituição!’ Qual é a origem dessa diferença? Esta diferença é tão inegável, que existem, até, constituições que dispõem taxativamente que a Constituição não pode ser alterada de modo algum; noutras, consta que para reformá-la não é bastante que uma simples maioria assim o deseje, mas que será necessário obter dois terços dos votos do Parlamento; existem ainda algumas onde se declara que não é da competência dos corpos legislativos sua modificação, nem mesmo unidos ao Poder Executivo, senão que para reformá-la deverá ser nomeada uma nova Assembleia Legislativa, *ad hoc*, criada expressa e exclusivamente para esse fim, para que a mesma se manifeste acerca da oportunidade ou conveniência de ser a Constituição modificada. Todos esses fatos demonstram que, no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum.”

nenhum ato normativo delas decorrentes pode modificá-las, é possível verificar-se a superioridade da norma constitucional em face das demais normas e, por conseguinte, justifica-se a realização de controle de constitucionalidade. A norma constitucional, que serve de paradigma para as demais normas do ordenamento jurídico, tem um processo de elaboração diferente do processo de elaboração das demais normas. Caso se trate de Constituição flexível, tendo o mesmo processo de elaboração que o das leis infraconstitucionais, não haveria parâmetro, pois não haveria supremacia, prescindindo, assim, de controle de constitucionalidade.⁴³

O fundamento do controle de constitucionalidade imiscui-se no princípio da supremacia da Constituição⁴⁴. Na pirâmide normativa, tem-se que a Constituição ocupa o patamar mais elevado. Deste modo, todas as demais normas do ordenamento jurídico são, em relação a ela, inferiores, o que pressupõe um consenso para com as regras constitucionais, isto é, não se admite que uma norma inferior disponha contrariamente à Constituição e, se assim o fizer, deve ser rechaçada do sistema.

Alguns autores afirmam que o controle de constitucionalidade assegura a supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, constituem uma parte da legitimização do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito (MORAES, 2004, p. 599).

O controle de constitucionalidade atua na busca de sanar o vício que inquina a norma infraconstitucional, com o escopo de adequá-la aos preceitos constitucionais, tanto em momento anterior, quanto posterior à sua vigência. Garante-se, ao menos em tese, um sistema jurídico e normativo uniforme, destituído de normas contrárias à

⁴³ “O fundamento do controle nas constituições rígidas é o de que nenhum ato normativo que lógica e necessariamente dela decorra, pode modificá-la ou suprimi-la”. STF – Agravo de Instrumento nº 174.811-7/RS – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 de maio de 1996, p. 13.770.

⁴⁴ O tema do controle de constitucionalidade das leis, baseado no Princípio da Supremacia da Constituição, implica colocar a Carta Magna acima de todas as outras manifestações do Direito, as quais, ou são com ela compatíveis ou nenhum efeito devem produzir. Se a lei ordinária, o estatuto privado, a sentença judicial, o contrato, o ato administrativo etc., não se conformarem com a Constituição, devem ser fulminados por uma nulidade incomum, qual seja, aquela proveniente da Lei Maior, com base no Princípio da Supremacia da Constituição. (POLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 3).

Constituição.⁴⁵

Nas lições de Gilberto Schäfer (2002, p. 70), o controle de constitucionalidade “nasce do confronto de uma norma ou de um ato com a Constituição”. Gisela Maria Bester (2005, p. 325) traz uma noção clara sobre a conceituação de controle de constitucionalidade:

Em princípio, e genericamente falando, controle de constitucionalidade é aferição ou a verificação da compatibilidade das normas infraconstitucionais e das normas constitucionais secundárias com a Constituição principal de um Estado (que é a Federal, nos Estados Federados). (...) Pretende-se, com o controle de constitucionalidade, garantir que nenhum ato normativo hierarquicamente inferior à Constituição possa modificá-la ou suprimi-la, assim como que nenhum tipo de norma com ela incompatível possa sobreviver no ordenamento jurídico.

A própria Constituição prevê um sistema de controle de constitucionalidade, isto é, um conjunto de instrumentos que irão salvaguardar a sua supremacia e superioridade. Como bem afirma a autora citada (BESTER, 2005, p. 325), “de nada adiantaria a Constituição estar superiormente posta no ordenamento jurídico se não trouxesse consigo os próprios mecanismos para sua defesa”.

De todas essas considerações depreende-se que o controle de constitucionalidade apresenta-se como um instrumento de limitação do poder do Estado e mecanismo imprescindível para a efetivação das perspectivas do Estado Democrático de Direito e suas garantias fundamentais, tidas como direitos adquiridos, ou mesmo inerentes ao ser humano.

O constitucionalismo deu azo aos fundamentos de supremacia da Constituição. No século XVIII, as chamadas revoluções liberais, sobremaneira, a francesa e a norte-americana, influenciaram a expansão da supremacia das Constituições. Até o final do séc. XVIII, todas as Constituições eram consuetudinárias, sendo que as escritas apareceram pela primeira vez com a edição da Constituição norte-americana (1787), que ainda está vigente.

⁴⁵ Jurídico e normativo, porque a inconstitucionalidade não tem origem apenas em normas, mas também em atos jurídicos contrários à Constituição.

A intenção de se conceder supremacia à Constituição acarretou seu posicionamento como mentora das regras do jogo e que, por uma questão lógica, deve estar acima dos que dele participam. Nos E.U.A. entende-se a Constituição como a responsável por estabelecer as regras do jogo político, por isso ela tem que estar acima daqueles que participam deste, estando, consequentemente, em patamar superior aos poderes constituídos. Extraí-se do direito norte-americano duas ideias principais: a de supremacia constitucional e a de garantia judicial. Quem contribui para assegurar essa supremacia da Constituição é o Poder Judiciário, por ser o órgão mais neutro politicamente.

A noção francesa de supremacia apresenta características diversas. A primeira Constituição francesa escrita data de 1791, e teve vigência por apenas 2 anos, sendo substituída em 1793. A formulação da supremacia constitucional na França tem por expoente o estudioso Abade Sieyès, que formulou a teoria do poder constituinte. Segundo essa teoria, o titular do poder constituinte é sempre a nação, e, por isso, tal poder está acima de todos os demais poderes constituídos.

Nos preceitos franceses, a Constituição está atrelada aos postulados de supremacia do poder constituinte. A Constituição é a responsável por atribuir o poder aos demais órgãos. Na França, a Constituição não se limita apenas a traçar as regras do jogo, mas também a determinar o que deve ser feito, tendo em vista que ela participa diretamente do jogo político.

Esses conceitos primários de constitucionalismo estão sendo superados. Na atualidade, prima-se pelas bases do neoconstitucionalismo, que distanciando das discussões doutrinárias quanto ao nominalismo da geração, de suma importância ressaltar suas características. Como primeira característica tem-se a consideração plural de valores, uma vez que as Constituições modernas dos países democráticos tendem a consagrar não só uma espécie homogênea de valores, mas sim valores plurais, que por vezes são, até mesmo, antagônicos.

Esses valores consagrados na Constituição acabam gerando colisões, especialmente nos direitos fundamentais, as quais não são resolvidas de forma tão

simples. No atual estágio de evolução constitucional, deve-se fazer uma ponderação e adequação a outros princípios envolvidos.

Outra peculiaridade a ser apontada consiste na utilização de mais princípios do que regras. Quando se analisa os direitos fundamentais previstos na Constituição, observa-se que estes se expressam muitas vezes por princípios, e não por regras jurídicas. Tais princípios são indeterminados e, muitas vezes, colidem entre si.

A aplicação de princípios pressupõe a maior utilização da ponderação do que da subsunção nas decisões. É um método de balanceamento, para aferir qual princípio deve prevalecer em um caso concreto. Observam-se muitas discussões no âmago do STF com base não em aplicação de regras, mas sim em ponderação de princípios.

A onipotência judicial configura outra característica do neoconstitucionalismo. Durante o positivismo jurídico o poder protagonista era o Legislativo, já que a noção de Estado de Direito gravitava em torno do império da lei. Hoje, ela não grava em torno do império da lei, e sim da supremacia da Constituição, cujo principal protagonista e intérprete máximo é o Poder Judiciário.⁴⁶

A onipresença da Constituição permite inferir que não existe nenhum conflito que seja minimamente relevante que não encontre uma solução na Constituição Federal. É o que se chama de constitucionalização do direito, isto é, as normas de outros ramos estão consagradas na Constituição Federal, ainda que de forma geral⁴⁷.

Para fins de controle, a constitucionalização do direito tem outros aspectos, mais importantes do ponto de vista da interpretação constitucional. A lei, antes de ser aplicada, deve ser compatibilizada com a Constituição, pois se for incompatível será

⁴⁶ Exemplo disto ocorreu quando o Congresso Nacional aprovou a lei que permite a pesquisa com células-troncos. Na ADI 3510, o STF entendeu que a lei era constitucional. Imagine se o STF entendesse pela inconstitucionalidade dessa lei, que foi aprovada por 80% dos parlamentares. Seria a situação em que 11 ministros do STF iriam fazer sua vontade e entendimento prevalecer em relação à maioria dos 513 deputados e 81 senadores. O Judiciário desempenha um papel, muitas vezes, de proteção das minorias. Quando se fala em democracia as pessoas associam a vontade da maioria, mas muitas vezes ela corresponde aos valores importantes para uma sociedade, e não apenas da maioria.

⁴⁷ Exemplo disto consta no art. 5º da C.F, em que se têm várias garantias inerentes ao direito civil, processual civil, penal, etc.

inválida, sendo desnecessário interpretá-la. Se a lei for compatível, em muitos casos, é preciso interpretá-la à luz dos princípios constitucionais, o que se denomina de filtragem constitucional.

A filtragem constitucional é um modo de interpretar a lei, passando-a pelo crivo da Constituição. Isso porque, se a lei retira a sua força normativa da Constituição precisa ser interpretada conforme o seu fundamento de validade. Deste modo, toda a aplicação do direito deve ser conforme a Constituição.

A força normativa da Constituição tem como principal responsável o autor alemão chamado Konrad Hesse, que escreveu o livro “A força normativa da Constituição” (1991). O princípio ora em foco tem sido um dos principais responsáveis pela mudança da jurisprudência do STF, já que uma decisão dele emanada tem efeitos determinantes e, mesmo em sede de controle difuso, pode ter efeitos *erga omnes* em decorrência da força normativa da Constituição.

Destaque-se, ainda, a reaproximação entre direito e moral. Direito não é apenas o que está na lei. Necessária a verificação quanto ao que está na lei ser ou não justo. De acordo com esta característica, o juiz pode deixar de aplicar uma lei se ela não tiver o conteúdo moral adequado. Na prática essa teoria tem sido aplicada para conceder direitos que não estão expressos, mas assegurados pela sistemática principiológica.

3.1.2 Sistemas de controle judicial de constitucionalidade

Para fins do presente estudo é preciso especificar duas classificações do controle de constitucionalidade: por um critério subjetivo ou orgânico, tem-se o sistema difuso e o sistema concentrado; por um critério formal, tem-se o sistema pela via incidental (ou de exceção – caso concreto) e o sistema pela via principal (em abstrato ou direto).

Para determinação do controle difuso, não interessa a finalidade do controle, importa sim a competência para exercê-lo e, nesse caso, poderá ser feito por qualquer órgão do Judiciário. No Brasil, todo controle difuso nasce a partir de um controle concreto, de um caso concreto. Quanto ao controle concentrado diz-se que concentra em

apenas um órgão a apreciação da matéria dita (in) constitucional. No Brasil é exercido pelo STF (afronta à Constituição Federal) ou no Tribunal de Justiça (afronta à Constituição Estadual).

No que tange à classificação pelo critério formal, leva-se em consideração o objetivo do controle de constitucionalidade, visando máxime manter a supremacia constitucional e a proteção dos direitos subjetivos. A partir deste critério emerge o controle concreto e o controle abstrato. O primeiro é deduzido em juízo através de um processo constitucional subjetivo, cuja finalidade é assegurar direitos subjetivos discutidos em uma demanda proposta perante o Judiciário. Neste, analisa-se o antecedente afeto à compatibilidade da lei com a Constituição e, ato contínuo, parte-se para o consequente atrelado ao caso concreto.

Na seara do controle abstrato, a pretensão deduzida em juízo faz-se por intermédio de um processo constitucional objetivo, cuja preocupação consiste em assegurar a ordem constitucional objetiva. Resta viabilizado pela via principal ou via de ação e, por isso, é conhecido também como *principaliter tantum*. Hoje existe uma tendência na jurisprudência do STF denominada abstrativização do controle difuso, ou também chamada de verticalização, objetivação ou transcendência dos motivos determinantes da decisão judicial, pela qual se concede ao controle de constitucionalidade em processo subjetivo os efeitos antes considerados privativos do controle abstrato.

No Brasil, o controle de constitucionalidade inicia-se com a criação da lei, passando pelo crivo do Legislativo, Executivo e Judiciário. No Legislativo, o controle efetiva-se na tramitação do projeto pelas Casas do Congresso Nacional. No Executivo, ocorre na oportunidade da sanção ou veto do projeto de lei ou em caso de descumprimento da lei vigente por entender o chefe do Executivo ser esta inconstitucional, hipótese em que deve, em seguida à negativa de cumprimento, ajuizar a competente ação para declaração de inconstitucionalidade. Com exceção desta última hipótese, promulgada a lei, cabe ao Judiciário exercer o controle judicial repressivo, seja por via de ação (controle concentrado) ou por via de exceção (controle difuso).

3.1.2.1 Controle difuso

Os primórdios do controle difuso de constitucionalidade remetem ao caso *Marbury versus Madison* (1803), em que o juiz Marshal da Suprema Corte dos E.U.A. afirmou ser próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei e, em havendo conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a Constituição, deverá prevalecer a Constituição por ser hierarquicamente superior. Nos países em que este sistema é adotado, os juízes e tribunais, em qualquer processo, têm o dever de não aplicar as leis e atos normativos que considerem inconstitucionais.

Com a decisão do caso acima mencionado, consagrou-se no direito norte-americano o sistema do *judicial review* (revisão judicial), como é denominado o modelo de controle judicial de constitucionalidade pelo qual o Poder Judiciário tem a prerrogativa de rever os atos normativos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, quando incompatíveis com o texto constitucional, a fim de salvaguardar a supremacia da Constituição.

O controle difuso de constitucionalidade norte-americano também contempla o sistema do *stare decisis*, baseado nos “precedentes”. O precedente judicial é a formulação de uma decisão única, aplicável à solução de situações fáticas repetitivas, às quais se podem atrelar as mesmas razões do precedente. Dessa forma, nos E.U.A., as decisões judiciais possuem grande força por estabelecerem precedentes judiciais, não se restringindo a dirimir um determinado e único litígio.

A partir das bases concedidas pelo sistema norte-americano, o controle difuso de constitucionalidade foi consagrado no Brasil com a promulgação da Constituição de 1891, sendo mantido nas demais Constituições, inclusive nesta atualmente vigente. Adotou-se no Brasil um sistema híbrido de controle judicial de constitucionalidade, composto do espectro que engloba o controle concentrado, abstrato e principal, e o controle difuso, concreto e incidental.

A principal característica dessa modalidade de controle jurisdicional é o fato de a questão do controle de constitucionalidade surgir incidentalmente, no curso de uma

demandas que não tem por objetivo principal a aferição da constitucionalidade da norma infraconstitucional. Em outras palavras, o controle difuso, também denominado descentralizado, ocorre no âmbito de um caso concreto posto à análise do Poder Judiciário e se efetiva de forma incidental, sem integrar o objeto da lide, em qualquer processo posto à apreciação dos magistrados de primeira instância ou dos Tribunais, inclusive superiores.

Seus efeitos, via de regra, operam-se *ex nunc* (sem retroatividade) e somente entre as partes. O efeito *erga omnes* somente é adquirido após comunicação ao Senado Federal que, com fundamento no art. 52, X, da CFB, suspende a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional. Logo, sem a participação do Senado Federal não há, em princípio, como ampliar os efeitos da decisão no controle difuso, em sede de recurso extraordinário.

Relevante dizer que a função do Senado Federal de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF está, nos dizeres de Gilmar Mendes (2004, p. 26), ultrapassada. Por certo que a partir da tendência de abstrativização do controle difuso a formulação relativa à suspensão da execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Nota-se uma verdadeira mutação constitucional do art. 52, X, da CFB.

Nesse sentido, se o STF, no exercício de controle difuso, entender de modo definitivo que a lei é inconstitucional, tal decisão terá efeitos gerais, promovendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso Nacional. Queda firmado o entendimento de que a decisão do Senado Federal não tem o condão de conferir eficácia *erga omnes* ao julgamento do STF, uma vez que a decisão da própria Corte terá essa força normativa.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 43) disserta sobre a questão:

[...] o Senado, à vista da decisão do Supremo Tribunal Federal, tem de efetuar a suspensão da execução do ato inconstitucional. Do contrário, o Senado teria o poder de convalidar ato inconstitucional, mantendo-o eficaz, o que repugna ao nosso sistema jurídico.

Esgotadas todas as vias recursais ordinárias, pode a parte prejudicada pela declaração interpor recurso extraordinário perante o STF, conforme as hipóteses previstas no art. 102, III da Constituição Federal, se a questão versar sobre inobservância de norma constitucional. Acolhida a arguição, que perpassa necessariamente pelo crivo da existência de repercussão geral, e declarada inconstitucional a norma, o STF comunicará a decisão ao Senado Federal que poderá proceder, de acordo com o art. 52, X da Constituição Federal, à edição de resolução que suspenderá a execução, no todo ou em parte, da norma atacada.

A cláusula de reserva de plenário (*full bench*) deve ser observada como *conditio sine qua non* para a eficácia jurídica da declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, tal como disposto no art. 97 da Constituição Federal⁴⁸. A desconsideração da cláusula, ensina Alexandre de Moraes (2005, p. 639), “gera, como inevitável efeito consequencial, a nulidade absoluta da decisão judicial colegiada que, emanando de órgão meramente fracionário, haja declarado a inconstitucionalidade de determinado ato estatal”.

Sobre o assunto, o STF editou a Súmula Vinculante nº 10, que assim dispõe:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte.⁴⁹

Observe-se que o STF tem entendido que a obediência à cláusula de reserva de plenário só é imprescindível quando uma lei ou ato normativo estiver sendo apreciado pela primeira vez, em um caso concreto, de modo que já tendo sido a questão objeto de decisão pelo STF não há necessidade de submeter novamente ao seu crivo. Isso para evitar que órgãos fracionários apreciem, pela primeira vez, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a certo e determinado ato normativo.

Feitas estas breves considerações sobre o controle difuso de constitucionalidade

⁴⁸ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁴⁹ Disponível em : <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2.013.

para fins de contraponto ao que será explanado adiante, encontra-se preparado o campo para prosseguir no objeto principal deste estudo, isto é, na análise do controle concentrado de constitucionalidade, especificamente da via processual da ADPF e sua relação com a eficácia dos direitos sociais fundamentais.

3.1.2.2 Controle concentrado

O controle concentrado de constitucionalidade foi positivado nas Constituições Austríacas de 1920 e de 1929, rendendo-se à doutrina de Hans Kelsen, precursor da teorização do controle judicial de constitucionalidade. O controle concentrado surgiu no Brasil por intermédio da Emenda Constitucional nº 16/65, que atribuiu ao STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário e o guardião da Constituição Federal, a competência para processar e julgar originariamente as representações de inconstitucionalidade.

As ações diretas, no sistema concentrado, têm por mérito a introdução da questão da inconstitucionalidade das leis ou atos normativos federais e estaduais, ou seja, a questão constitucional passa a ser apreciada como objeto principal do processo. Diz-se concentrado porque a questão constitucional só pode ser decidida pela Corte ou Tribunal, como função constitucional autônoma. Assim como o controle difuso, o controle concentrado tem por finalidade a defesa da Constituição contra leis e atos normativos com ela incompatíveis.

Atualmente, existem as seguintes vias de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil:

- a) Ação direta de inconstitucionalidade genérica (art.102, I, a , CFB);
- b) Ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, *in fine*, CFB);
- c) Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CFB);
- d) Ação direta de inconstitucionalidade intervintiva (art. 36, III, CFB); e
- e) Arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, CFB).

Neste tópico do estudo serão feitos comentários aos institutos da ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI) e ação declaratória de constitucionalidade (ADC), por serem considerados indispensáveis para o entendimento quanto à processualística da

ADPF, convergindo, no deslinde do trabalho, para o alcance de conclusões lógicas.

A Emenda Constitucional nº 16/65 introduziu a ADI na Constituição Federal de 1946 como forma de controle de constitucionalidade por via principal e concentrada, que tem por objetivo retirar do ordenamento jurídico a lei estadual ou federal incompatível com a Constituição Federal. Isso para que se obtenha a declaração de invalidade dessa lei, pois relações jurídicas legítimas não podem estar fundamentadas em normas inconstitucionais.

Desde a supramencionada emenda constitucional até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a legitimidade para propor a ADI era privativa do Procurador-Geral da República. A Constituição Federal vigente ampliou o rol de legitimados ativos com o intuito de garantir ainda maior efetividade às normas constitucionais, cabendo a competência geral ou universal da ação ao Presidente da República, às Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, ao Procurador Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e ao partido político com representação no Congresso Nacional, pelas suas próprias atribuições. A legitimação específica ou especial se atribui ao Governador de Estado, à Mesa da Assembleia Legislativa, à confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional.

O STF tem a função de processar e julgar a ADI de lei ou ato normativo federal ou estadual. O exercício do direito de ação não está sujeito a nenhum prazo de natureza prescricional ou decadencial, pois os atos inconstitucionais não se convalidam com o calar dos anos. Tendo a ação por objeto o pronunciamento sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, a decisão limitar-se-á a declarar a sua legitimidade constitucional ou a sua inconstitucionalidade, afirmando a existência ou não de vício desde o seu surgimento, quanto à formação ou ao conteúdo da lei ou ato normativo.

Os vícios de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo podem referir-se à inobservância das regras constitucionais concernentes ao processo legislativo ou ao seu conteúdo, por incompatibilidade material com o texto constitucional vigente. De qualquer forma, trata-se do exame da existência ou não de vício desde que ingressaram

no mundo jurídico, tendo a decisão natureza declaratória.

Uma vez declarada a constitucionalidade da lei ou ato normativo, emergem os efeitos: *ex tunc*, pelo qual a decisão retroage para eivar de nulidade todos os atos constituídos sob a sua égide, que em razão disto perdem seus eventuais efeitos jurídicos; *erga omnes*, cingindo-se ao dispositivo da decisão e alcançando todos indistintamente; vinculante, abrangendo tanto o dispositivo como os motivos determinantes (*ratio decidendi*) da decisão, de modo que, uma vez julgada procedente a ação, sua vinculação será obrigatória em relação a todos os órgãos do Poder Executivo e do Judiciário, com exceção do STF que detém o poder de intérprete final da Constituição e, neste sentido, pode livremente alterar seu posicionamento em decisões posteriores.

A Emenda Constitucional nº 3/93, dando nova redação ao artigo 102, I, alínea ‘a’ da CFB, instituiu a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal atribuindo a competência originária para seu processamento ao STF. A ADC é uma modalidade de controle por via principal, concentrada e abstrata, cuja finalidade é o reconhecimento da compatibilidade de uma norma com a Constituição Federal, diante de decisões judiciais conflitantes e discussões doutrinárias em torno de sua constitucionalidade.

Seu objetivo é afastar a incerteza jurídica e evitar interpretações contraditórias, estabelecendo uma orientação uniforme quanto à validade ou invalidade constitucional da norma questionada. Caracteriza-se como processo objetivo por não possuir partes no sentido processual comum e por não ser decorrente de conflito de interesses. Em relação à legitimidade para a propositura dessa ação, a Constituição atribui, em seu art. 103, *caput*, competência aos mesmos legitimados para a ADI.

Existem diferenças e semelhanças entre ADC e ADI. A principal diferença refere-se ao objeto, vez que na primeira o pedido é dirigido à declaração de constitucionalidade, enquanto na segunda o legitimado pede a declaração de inconstitucionalidade da norma. Por esse motivo, a decisão final pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade, tem eficácia geral em ambas as ações. A improcedência da ADI decorre do reconhecimento da constitucionalidade da norma, o

que produz o mesmo efeito da procedência da ADC, ensejando o caráter ambivalente das duas ações.

Dentre os aspectos processuais da ADC, relevante dizer que o pedido deve ser feito com fins à declaração de constitucionalidade da norma questionada, diferentemente da ADI em que se pede a declaração de inconstitucionalidade da norma. Nos fundamentos jurídicos e na causa de pedir, o proponente da ação tem que demonstrar a existência de controvérsia relevante quanto à constitucionalidade da norma. Além disso, a decisão definitiva em sede de ADC tem natureza declaratória, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

O efeito vinculante significa que todos os demais órgãos do Poder Judiciário e os órgãos do Poder Executivo estão compelidos à observância da decisão do STF. Em caso de inobservância da decisão, cabe reclamação diretamente à Suprema Corte, por afronta à autoridade de sua decisão, com fundamento no art. 102, I, alínea l, da CFB.

Em regra, a decisão tem eficácia *ex tunc*, porque se limita a afirmar a existência ou inexistência de vício de inconstitucionalidade desde que a norma foi editada, não atingindo as relações jurídicas consumadas no passado pela coisa julgada, pela prescrição ou pela decadência. Entretanto, em situações raras, pode-se conceder efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* para atender ao princípio da segurança jurídica e excepcional interesse social, conforme permissivo legal do art. 27 da Lei nº 9.868/99⁵⁰, dispositivo que tem aplicação também para a ADPF.

A ADC constitui instrumento de grande alcance e importância, especialmente para colocar fim a conflitos de entendimentos e interpretações sobre a mesma norma, além de evitar graves lesões à ordem jurídica constitucional e à tranquilidade geral.

⁵⁰ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

3.1.3 Parâmetro para controle judicial de constitucionalidade

O parâmetro é a norma constitucional que está sendo utilizada para o controle, diferente do objeto, que diz respeito à lei questionada quanto à sua constitucionalidade. Parâmetro também é chamado de norma de referência. No Brasil, o parâmetro para o controle de constitucionalidade incide sobre as normas permanentes (arts. 1 a 250, da CFB), normas transitórias (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT - arts. 1º ao 97) e convenções internacionais que tenham *status* de norma constitucional, com o respeito ao quórum de aprovação previsto no art. 5º, §3º da CFB.

Apesar da divergência existente, prevalece na jurisprudência do STF⁵¹ que o preâmbulo não é considerado norma jurídica, sendo concebido apenas como uma diretriz hermenêutica, ou seja, ele diz como a Constituição deve ser interpretada, mas não é uma norma jurídica. Por tal razão, o controle de constitucionalidade não incide sobre o preâmbulo, diante da inexistência neste de caráter normativo.

Todas as demais normas, sejam elas feitas pelo poder constituinte originário, pelo poder reformador (art. 60, CFB) ou pelo poder revisor (art. 3º, ADCT), servem como parâmetro de controle de constitucionalidade. Deve-se estender também aos princípios implícitos na Constituição, que também servem como parâmetros para o controle (ex.: princípio da proporcionalidade, que não está expresso na Constituição, mas é abstraído da cláusula do devido processo legal substantivo - art. 5º, LIV da CFB).

A Emenda Constitucional nº 45/04 introduziu na Constituição Federal o art. 5º, § 3º, que criou um novo parâmetro para os tratados internacionais. De acordo com esse dispositivo, os tratados internacionais servirão como parâmetro de controle se atender a

⁵¹ ADI 2076 / AC - ACRE Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO
Julgamento: 15/08/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 08-08-2003.
EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. -Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (...) O preâmbulo não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. (...) Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 25 de julho de 2.012.

dois requisitos, quais sejam: requisito material - tem que ser um tratado internacional de direitos humanos; requisito formal - o tratado deve ser aprovado da mesma forma que as emendas constitucionais, ou seja, ser aprovado, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Atendidos tais requisitos, serão equivalentes às emendas constitucionais, servindo de norma de referência para controle de constitucionalidade.

A expressão bloco de constitucionalidade refere-se a todas as normas do ordenamento jurídico que tenham *status* de norma constitucional. Trata-se de processo de aferição de compatibilidade vertical das normas extraconstitucionais em relação ao paradigma de confronto que se encontra na redoma do que for considerado modelo constitucional. O STF⁵² tem utilizado essa expressão, em algumas de suas decisões, como sinônimo de parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade.

Numa perspectiva restritiva, bloco de constitucionalidade constitui-se somente das normas e princípios expressos da constituição escrita e positivada. O ministro do STF Celso de Mello, no julgamento da ADI 595-ES⁵³, numa visão ampliativa, considerou como bloco de constitucionalidade:

(...) não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição, mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado.

Analisando a ideia de bloco de constitucionalidade para o Direito português, José Joaquim Gomes Canotinho (1992, p. 997-998) leciona que:

Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3.º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedural e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos

⁵² HC 87585 / TO - TOCANTINS - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO - Julgamento: 03/12/2008 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 25 de julho de 2.012.

⁵³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo258.htm#ADIn>>. Bloco de Constitucionalidade (Transcrições). Acesso em 18 de fevereiro de 2013.

normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições:

- (1) parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais);
- (2) parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.

Denota-se que a visão ampliativa de bloco de constitucionalidade coaduna-se aos anseios de proteção eficiente dos direitos fundamentais ao dinamizar o parâmetro para que se possa realizar a confrontação e aferir a constitucionalidade. Todavia, em atenção à supremacia formal e rigidez constitucional, a jurisprudência brasileira mostra-se ainda pouco ambientada à extensão do parâmetro para controle de constitucionalidade. Imprescindível reiterar que a inserção do art. 5º, §3º, da CFB, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, constitui sinalização de que a tendência ampliativa seja gradativamente adotada.

3.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

3.2.1 Inserção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro e delimitação de preceito fundamental

A partir da Constituição Federal de 1988 foram implantadas diversas mudanças no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, dentre as quais destaque-se a mutação constitucional do art. 52, X da CFB, a extensão dos legitimados para propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade.

Ainda com estas alterações, Gilmar Mendes (2007, p. 01) anota que subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado: interpretação de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal.

Na tentativa de sanar a incompletude surgiu o incidente de inconstitucionalidade, que pretendia assegurar aos entes legitimados do art. 103 da CFB a possibilidade de provocar o pronunciamento do STF sobre outras controvérsias constitucionais suscitadas nas ações judiciais em curso. A ideia era que o STF poderia, ao acolher o incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão do processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão que serviria para a mesma posição jurídica repetida nas diversas demandas. Este instituto, todavia, não logrou êxito em enquadrar-se no ordenamento jurídico (MENDES, 2010, p. 1217).

A ADPF surgiu no Brasil a partir da previsão no art. 102, §1º da CFB⁵⁴ e, por inexistir antecedente histórico do instituto, foi cunhada por Sepúlveda Pertence como autêntica “esfinge” do Direito brasileiro⁵⁵, chegando a ser comparada ao incidente de inconstitucionalidade por Gilmar Mendes e Celso Bastos (MENDES, 2010, p. 1217). A ADPF trouxe mudanças significativas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, assim sintetizadas por Mendes (2010, p. 1220):

Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arreio da “interpretação autêntica” do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, porque pode ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o surgimento do instituto, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, estão aptas a fornecer a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais.

Finalmente, deve-se observar que o novo instituto pode oferecer respostas adequadas para dois problemas básicos do controle de constitucionalidade no Brasil: o controle da omissão inconstitucional e a ação declaratória nos planos estadual e municipal.

A ação em estudo pode ter caráter principal ou incidental, isto é, tanto pode surgir a partir da impugnação direta de lei ou ato normativo federal, estadual ou

⁵⁴ Art. 102, §1º, CFB: A arguição de descumprimento e preceito fundamental, decorrentes desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

⁵⁵ ADPF-QO/RJ, voto do Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 7-11-2003.

municipal, como pode ser a partir de situações concretas em que haja impugnação de lei ou ato normativo.

O instituto da ADPF veio preconizado como norma constitucional de eficácia limitada, de modo que enquanto não houvesse lei descrevendo a forma da ação constitucional, o STF não poderia apreciá-la. Em 03 de dezembro de 1.999, a Lei nº 9.882/99 foi sancionada, tendo o Presidente da República vetado alguns dispositivos (art. 1º, parágrafo único, inc. II; art. 2º, inc. II; art. 2º, §2º; art. 5º, §4º; art. 8º, §§1º e 2º e art. 9º).

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ingressou, em 27 de junho de 2.000, com a ADI 2.231/DF⁵⁶ alegando a inconstitucionalidade do art. 1º, parágrafo único, inciso I; art. 5º, §3º; art. 10, caput e §3º e art. 11 da Lei nº 9.882/99. A mencionada ADI foi distribuída ao ministro relator Néri da Silveira, que acolheu em parte a arguição, suspendendo, com eficácia *ex nunc* e até o julgamento final da ação, a vigência do §3º do art. 5º da Lei nº 9.882/99, relacionada à arguição incidental em processos em concreto, e declarando nulidade sem redução de texto do inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.882/99, excluindo de sua aplicação controvérsia constitucional concretamente já deduzida em processo judicial em curso.

A ADI 2.231/DF ainda está pendente de decisão, o que não obstaculiza o ajuizamento e julgamento de ADPFs, haja vista que o próprio STF⁵⁷ já teve a oportunidade de manifestar pelo prosseguimento de ações em que se alegava como preliminar de mérito a suspensão da demanda para aguardar o julgamento da ADI.

Por conseguinte, a Lei nº 9.882/99 permanece aplicável, com exceção do dispositivo e interpretação indicados na decisão liminar da ADI, sendo composta por

⁵⁶Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1828554>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2.013.

⁵⁷ ADPF 33 – Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes - Sessão plenária de 7.12.2005: O STF afastou a preliminar de suspensão da ação para aguardar o julgamento da ADI 2.23 e julgou, por unanimidade, procedente a ADPF; e ADPF 54 – Relator Ministro Marco Aurélio – Sessão plenária de 27.4.2005: O STF, em análise a questão de ordem, por maioria, admitiu o cabimento da ADPF, que ainda encontra-se pendente de julgamento

quatorze artigos e dispondo sobre as hipóteses de cabimento, legitimados, requisitos da petição inicial, procedimento e extensão da eficácia e efeitos da decisão.

Há que se fazer a devida distinção entre a noção de inconstitucionalidade e o conceito de descumprimento. Nas lições de André Ramos Tavares (2006, p. 270-271):

A noção de descumprimento não deve ser confundida com a de inconstitucionalidade. O termo “inconstitucionalidade” é de rigor bastante acentuado no Direito pátrio, só devendo ser aplicável nas situações especificamente delimitadas pela Constituição e pelo Supremo Tribunal Federal.

Já o termo “descumprimento”, utilizado apenas quando da previsão do instituto da A.D.P.F., é conceito mais amplo, englobando toda e qualquer violação de norma constitucional, ou seja, tanto pode descumprir a Constituição um ato normativo como um ato normativo, nesta última categoria incluídos os atos administrativos, de execução material e, ainda, os atos dos particulares.

Nesta senda, André Ramos Tavares (2006, p. 276) conceitua a ADPF:

A arguição é ação (ou incidente judicial), de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que desencadeia o denominado processo objetivo, cujo fundamento é o descumprimento de preceito constitucional que consagra valores basilares para o Direito pátrio, descumprimento este perpetrado por ato de natureza estatal, quando direta a modalidade, ou por atos normativos, quando se tratar de arguição na modalidade incidental, aplicando-se, por força de lei, no âmbito do controle abstrato, o princípio da subsidiariedade em relação às demais ações diretas existentes.

Encontra-se em cenário obscuro a delimitação de preceito fundamental. A lei não especificou nem determinou seu significado, ficando a cargo da doutrina e jurisprudência fazê-lo. A Constituição Federal explicita alguns preceitos fundamentais, quais sejam os direitos e garantias individuais, as cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CFB⁵⁸) e os princípios sensíveis (art. 34, VII, CFB⁵⁹)⁶⁰.

⁵⁸ Art. 60. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I – a forma federativa de Estado;
II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
III – a separação dos Poderes;
IV – os direitos e garantias individuais.

⁵⁹ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
(...) VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
b) direitos da pessoa humana;

Ocorre que a definição do amplo espectro que acombarca os direitos e garantias individuais, as cláusulas pétreas e os princípios sensíveis impede a consolidação de um conceito unívoco de preceito fundamental. Este fato promove casuismo e divergência nas decisões judiciais à medida que a identificação do preceito fundamental dar-se-á caso a caso, sempre mercê da convicção de restrito grupo de magistrados pertencentes aos Tribunais.

A valorização de um bem como preceito fundamental não pode estar dissociada dos anseios sociais e, conforme bem anotado por José Joaquim Gomes Canotilho (1992, p. 1136) ao discorrer sobre limitação ao poder de revisão, deve coadunar-se às conexões de sentido captadas no texto constitucional. Nesta esteira, o autor português aduz que os limites materiais devem encontrar um mínimo de recepção no texto constitucional, devendo constituir limites textuais implícitos.

Paulo Hamilton Siqueira Jr. (2011, p. 316-317) apresenta a seguinte definição de preceito fundamental:

O vocábulo “preceito” pode ser tomado como sinônimo de norma, visto que se verificam duas espécies de normas: regras e princípios. Os preceitos, regras e princípios fundamentais são aquelas normas basilares do sistema jurídico consagradas pelo texto constitucional. Note-se que fundamental é o preceito basilar imprescindível, visto que não se trata de preceito fundamental qualquer norma contida na Constituição. Os preceitos fundamentais pela própria denominação decorrem do texto constitucional. Esses preceitos são consagrados na Constituição Federal, uma vez que a lei não pode ampliar o conceito de preceito fundamental que se encontra calcado no texto constitucional. [...] A identificação e individualização dos preceitos fundamentais compete ao intérprete da Constituição, em especial, o Supremo Tribunal Federal, visto que a lacuna deixada pelo legislador foi positiva, pois torna-se impossível enumerar taxativamente os preceitos fundamentais.

-
- c) autonomia municipal;
 - d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
 - e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.
- ⁶⁰ No julgamento da ADPF nº 33 os mencionados direitos e princípios foram colocados como preceitos fundamentais. Nesta ação restou consignado no voto do relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a regras que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

A omissão legal quanto à definição de preceito fundamental trata-se de silêncio eloquente positivo para viabilizar o exame aberto das colisões de direitos postas à apreciação judicial. Neste sentido, Roberto Mendes Mandelli Júnior (2003, p. 116):

A ausência dessa previsão confere à jurisprudência maior flexibilidade, permitindo alterações quanto à densidade axiológica da norma constitucional, possibilitando acomodar com mais facilidade mudanças na sociedade, aplicando o método da interpretação constitucional evolutiva, deixando espaço tanto para que um preceito constitucional passe a ser tratado como fundamental, bem como para que deixe de sê-lo, pois os preceitos fundamentais decorrem da própria história constitucional do Estado.

Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 238) traz conceito ampliado de preceito fundamental, ensinando que:

Qualificam-se de *fundamentais* os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária. Podem ser consideradas preceitos *fundamentais* as diretrizes insculpidas no pórtico do art. 1º da Constituição de 1988, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa, do pluralismo político. Outros exemplos: princípio republicano (art. 1º, *caput*), princípio federativo (art. 1º, *caput*), princípio do Estado Democrático (art. 1º, *caput*), princípio da separação dos Poderes (art. 2º), princípio presidencialista (art. 76), princípio da legalidade (art. 5º, II), princípio da liberdade (art. 5º, IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, etc.), princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), princípio da autonomia das entidades federadas (arts. 1º e 18), princípio do juiz e do promotor natural (art. 5º, XXXVII e LIII), princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV), princípio do contraditório (art. 5º, LV), princípio da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, e 93, IX), princípio da legalidade administrativa (art. 37, *caput*), princípio da impessoalidade (art. 37, *caput*), princípio da moralidade (art. 37, *caput*), princípio da publicidade (art. 37, *caput*), princípio da ocupação de cargos através de concurso público (art. 37, II), princípio da prestação de contas (arts. 70, parágrafo único, 34, VII, d, e 35, III), princípio da independência funcional da Magistratura (arts. 95 e 96), princípio da capacidade contributiva (art. 145, III), princípio da defesa do consumidor (art. 170, IV), princípio da autonomia universitária (art. 207), etc.

Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 265) traz o seguinte conceito:

[...] em vista da posição que ocupam na Carta, constituem preceitos fundamentais: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico e os direitos e garantias individuais (CF/88, Arts. 1º e 60, §4º).

Inobstante as divergências e ausência de previsão legal quanto à definição dos preceitos fundamentais, infere-se que estes devem ser extraídos do texto constitucional, ainda que por intermédio de interpretação, buscando a realização dos sonhos e aspirações do poder constituinte, principalmente relacionados à proteção da dignidade da pessoa humana.

3.2.2 Hipóteses de cabimento, princípio da subsidiariedade, legitimidade para propositura, eficácia e efeitos da decisão

Partindo da Lei nº 9.882/99, a ADPF é cabível para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1º, *caput*), ensejando a denominada arguição autônoma ou sumária. Caberá, ainda, a ADPF quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição (art. 1º, parágrafo único), dando azo à arguição por equiparação. Nesta segunda hipótese afigura-se imprescindível comprovar a controvérsia jurisprudencial relevante na aplicação do ato normativo, violador do preceito fundamental.

Extrai-se que a ADPF tem espaço no ordenamento jurídico nas seguintes situações (MENDES, 2007, p. 57-80): exame da compatibilidade do direito pré-constitucional com a norma da Constituição Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade; análise de lei de pré-constitucional e alteração posterior de regra constitucional de competência legislativa (ex.: norma que antes era de competência federal passa a ser de regência estadual ou municipal); controle direto de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal; pedido de declaração de constitucionalidade do direito estadual e municipal; lesão a preceito decorrente de mera interpretação judicial; contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial sem base legal (ou fundada em falsa base legal); medida provisória rejeitada e relações constituídas durante sua vigência; omissão legislativa no processo de controle abstrato de normas; controle de ato regulamentar em face de lei; e norma pós-constitucional revogada ou cujos efeitos já se exauriram.

Diante da necessidade de especificação e a fim de evitar delongas sobre objetos não condizentes com o objetivo do trabalho, o presente estudo concentra-se na hipótese de cabimento da ADPF afeta à omissão legislativa no processo de controle abstrato de normas, o que será explorado em tópico próprio⁶¹.

Importa esclarecer que a ADPF somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, §1º da Lei nº 9.882/99), ensejando a incidência do princípio da subsidiariedade. Poder-se-ia pensar que somente quando fosse absoluta a inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar eventual lesão é que seria manejável o instrumento processual da ADPF. Para rebater este pensamento, Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 1317-1323) afirmam que:

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão –, contido no §1º do art. 4º da Lei n. 9.882/99, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.

[...]

Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

[...]

Dessa forma, o Tribunal poderá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão dos conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional, desde que presentes os demais pressupostos de admissibilidade.

Nesta esteira, os autores supracitados querem dizer que a análise do cabimento da ADPF não pode ser hermética, devendo adequar-se ao contexto para fins de proteger valores maiores que a ritualística processual. Com isto, busca-se a proteção do próprio preceito fundamental eventualmente ameaçado ou violado. Interessante constatação refere-se à possibilidade de concentrar na ADPF a solução homogênea para a mesma posição jurídica consistente em relevante controvérsia constitucional, que poderia ser

⁶¹ Ver item 3.2.3.

sustentada em milhares de recursos extraordinários, pela via do controle difuso de constitucionalidade.

No que concerne à legitimidade para propositura da ADPF, tem-se, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.882/99, que são os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, previstos no art. 103 da CFB, quais sejam: Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, os Governadores dos Estados e o Governador do Distrito Federal, as Mesas das Assembleias Legislativas e a Mesa da Câmara Distrital, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

A versão da lei aprovada pelo Congresso Nacional previa a legitimidade para ingresso por qualquer cidadão⁶², todavia o dispositivo foi vetado pela ausência de limitação, o que provocaria excesso de demandas perante o STF, uma vez que a defesa de preceito fundamental confunde-se, em certa medida, com a própria proteção de direitos e garantias individuais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1313).

Esclareça-se, por oportuno, que o cidadão pode indiretamente provocar o ajuizamento da ADPF mediante representação ao Procurador-Geral da República, que não fica vinculado ao atendimento do pleito. Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 1314) vão além e cogitam que o cidadão pode interpor o recurso extraordinário juntamente com a arguição de descumprimento, facultando ao STF a discricionariedade necessária para apreciar a controvérsia constitucional posta no recurso individual ou na ação de caráter objetivo.

No que tange à eficácia e aos efeitos da decisão prolatada em sede de ADPF, com lastro no art. 10, §3º da Lei nº 9.882/99, extrai-se que a decisão de mérito terá

⁶² Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.543/2006, da Comissão Especial Mista “Regulamentação da Emenda n. 45”, que visa alterar a Lei nº 9.882/99, com vistas a possibilitar a propositura de ADPF às pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do Poder Público e, para tanto, a questão constitucional discutida deverá atender aos mesmos requisitos exigidos para a caracterização da repercussão geral (art. 102, §3º, CFB).

eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, bem como terá efeitos retroativos (*ex tunc*).

A eficácia *erga omnes* da decisão do STF remete ao dispositivo do julgado e o efeito vinculante reporta aos fundamentos determinantes da decisão, de modo que transcende ao caso singular e deve ser observada nos casos futuros. Todavia, isto não impede que o legislador altere ou revogue a norma submetida a controle judicial de constitucionalidade, mesmo porque o Poder Judiciário não tem o poder de engessar a atividade legislativa.

O povo conquistou o direito ao voto e, via direta, de eleger seus representantes para ocupar as cadeiras do Poder Legislativo e Poder Executivo. O princípio democrático fez valer a vontade da maioria e o ideal de sustentar o caráter libertário dado pelo voto direto e secreto. Diante desta constatação, resta justificada a legitimidade legislativa para alterar leis e adentrar, inclusive, nos meandros de inconstitucionalidades já reconhecidas pelo guardião da Constituição no Brasil, o STF, cujos ministros sequer passam pelo crivo direto do povo, ainda que, indiretamente, passem pela sabatina no Senado Federal.

Indubitavelmente, os demais órgãos do Poder Judiciário ficam vinculados à decisão prolatada pelo STF em ADPF. Entremes, em que pese se tratar de decisão definitiva, não há impedimento para que a questão seja reaparecida pelo STF se ocorrerem mudanças na realidade normativa e nas circunstâncias fáticas que fundamentem um novo pedido de análise constitucional. Neste sentido, Gilmar Mendes (2007, p. 183): “Daí parecer-nos plenamente legítimo que se suscite perante o STF a inconstitucionalidade ou a ilegitimidade de norma já declarada constitucional, em ação direta, em ação declaratória de constitucionalidade ou em ADPF.”

A decisão é autoaplicável e coloca a norma sob o manto da nulidade. Assim como ocorre na ADI e ADC, ensejando exceção à regra do princípio da nulidade, é possível a modulação dos efeitos da decisão na ADPF⁶³, consideradas razões de

⁶³ Art. 11. da Lei nº 9.882/99: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de

segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Para tanto, o STF, por maioria de 2/3 de seus membros, poderá restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (efeitos *ex nunc*) ou de outro momento que venha a ser fixado (efeitos *pro futuro*).

3.2.3 Instrumento de realização dos direitos sociais fundamentais diante das omissões legislativas inconstitucionais

As omissões legislativas nunca receberam tanta atenção como se vê atualmente na jurisprudência e na própria consciência da sociedade. Isto porque, por longo tempo e até muito recentemente, dominou o entendimento de que a farmacologia jurídica não continha remédio eficaz para neutralizar a inércia inconstitucional do legislador (BARROSO, 2006, p. 155).

Alguns remédios constitucionais, como a ADPF, apesar de não ter o condão de outorgar a todas as normas constitucionais a característica da aplicabilidade imediata ou efetivar todos os direitos fundamentais, encontra-se a serviço disto e, via direta, da efetividade das normas constitucionais.

A existência desta ação constitucional espelha uma das possibilidades do Poder Judiciário intervir na seara das políticas públicas administrativas, bem como nas omissões legislativas, podendo emergir efeitos *erga omnes* e vinculante, por intermédio de decisão prolatada em sede de controle abstrato de constitucionalidade pelo STF.

Importa salientar que a norma do art. 5º, §1º, da CFB, ao consagrar a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, não torna dispensável os institutos de cunho jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção (SARLET, 2009, p. 265). Aliás, quando se fala em omissões ou lacunas legislativas remete-se a estes instrumentos processuais, como

excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

escudeiros de um direito subjetivo público à legislação⁶⁴, olvidando da importância da ADPF.

Por certo que, em termos de omissões legislativas, a ação direta de constitucionalidade por omissão e o mandado de injunção são os instrumentos que viabilizam aos órgãos judiciários, em tese, a estarem aptos a conceder diretamente o direito não regulamentado pela norma, conferindo-lhe plena eficácia a partir da completude do sistema jurídico, independentemente de qualquer outra providência de natureza legislativa. Constatase que esta argumentação se aproxima da posição que sustenta a aplicabilidade direta e eficácia plena de todos os direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 265-266).

Noutra vertente, no caso de descumprimento por omissão de algum direito social fundamental, entendido como preceito fundamental, e em se tratando de leis de efeitos concretos, perfeitamente cabível a ADPF, e não a ação direta de constitucionalidade por omissão nem o mandado de injunção. Cumpre dizer que se o controle de constitucionalidade incidir sobre lei municipal e direito pré-constitucional, não haverá qualquer concorrência de ações constitucionais, haja vista que somente a ADPF, na esfera do controle abstrato de constitucionalidade, pode combater a constitucionalidade destas espécies.

Essencial nomear um espaço para comentar que comumente o controle das omissões em sede de políticas públicas é feito por ações individuais, nas quais cada um discute sua posição jurídica a fim de solucionar unicamente sua situação, sem amplitude e anseio de universalização do pleito. Justamente o enxame diuturno de ações judiciais para tutelar direitos individuais vem abarrotando de serviço o Poder Judiciário, que tem dificuldade – ou mesmo impossibilidade – de conceder a prestação jurisdicional justa, equânime e, principalmente, tempestiva.

⁶⁴ Port (2005, p. 125): “[...] Qual é a natureza desse dever legiferante imposto pela norma constitucional? Há, correlato a esse dever, um direito subjetivo público à legislação? Pode o cidadão exigir judicialmente o cumprimento desse dever legiferante do Poder Legislativo, em caso de inércia ou omissão constitucional? Em face de todo o exposto, não há como se negar a possibilidade do reconhecimento da existência tutelado pela ordem jurídica, que se manifesta na relação jurídica firmada entre o indivíduo e o estado, mormente pela previsão constitucional, em nosso ordenamento jurídico, da ação direta de constitucionalidade por omissão e do mandado de injunção [...].”

As questões discutidas em ações individuais poderiam ser mais bem exploradas em âmbito coletivo se houvesse o correto aproveitamento das vias processuais de controle abstrato de constitucionalidade e se o STF estabelecesse em maior escala a interpretação constitucional com fixação de parâmetros de realização dos direitos sociais fundamentais, consoante feito, exemplificativamente, na ADPF nº 45 e no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. As ações de controle abstrato de constitucionalidade têm o mérito de resolver em larga escala os conflitos envolvendo prestações sociais, evitando a repetição de processos⁶⁵.

Constatadas lacunas no quadro de competências do STF, a ADPF foi enquadrada no intento de preenchê-las e pode ser uma solução para colocar fim à distribuição de ações individuais isoladas e, via direta, à denominada “guerra de liminares”:

As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir de 1988 alteraram radicalmente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso. A ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso. Não obstante, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado (interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal). É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada “guerra de liminares”. (MENDES, 2007, p. 01)

Indubitavelmente, a coletivização das demandas de conteúdo prestacional por parte do Estado constitui tendência natural e solução mais adequada para a justiça brasileira. Neste sentido, Ana Paula de Barcellos (2008, p. 144):

Como é fácil perceber, o controle coletivo do *resultado esperado das políticas públicas* favorece uma solução geral, além de permitir uma

⁶⁵ Ana Paula de Barcellos (2008, p. 144) exemplifica a questão: “[...] a ausência de vaga no ensino fundamental em escola pública, pela inexistência de estabelecimento de ensino na região, enseja ações individuais e coletivas, sendo que nestas se poderá discutir os deveres de instalar o estabelecimento de ensino e de resolver o problema emergencial dos titulares do direito de acesso à educação fundamental gratuita, até que a escola esteja disponível. O mesmo raciocínio se aplica a prestações de saúde que sejam consideradas juridicamente exigíveis. O indivíduo não atendido pode, por certo, postular seu atendimento, mas também se pode discutir a questão em caráter geral – com maior proveito aliás – de modo a assegurar o oferecimento do bem a todos os indivíduos que dele necessitem.

discussão mais concreta sobre os recursos disponíveis e o planejamento estatal como um todo. No que diz respeito ao controle abstrato, após a regulamentação da ADPF (Lei nº 9.882/99), é possível sustentar, ao menos em tese, que a omissão constitucional do Poder Público (a rigor, de qualquer nível da Federação), capaz de violar preceito fundamental, poderá também ser objeto de controle por meio dessa ação abstrata de competência originária do STF.

Quanto ao controle da *fixação de metas por parte do Poder Público*, parece difícil visualizar a discussão do tema no âmbito de ações individuais, tendo em conta a atual situação dogmática do processo civil relativamente à legitimidade ativa. As ações coletivas poderão ser uma sede adequada para essa discussão.

Do ponto de vista abstrato, se a lei orçamentária não inclui em seu bojo meta que seria obrigatória por conta do texto constitucional, parece possível atacá-la por meio da ação direta de constitucionalidade ou, se se entender que se trata de lei de efeitos concretos, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Posta a adequação da via da ADPF para suprir omissões legislativas, indispensável restringir o conteúdo e matéria que pode ser objeto de controle jurisdicional de políticas públicas a fim de evitar que todos os percalços e direitos sejam submetidos ao Poder Judiciário, o que inviabilizaria o próprio exercício da jurisdição e, por consequência, dos direitos sociais a serem de fato tutelados. Ana Paula de Barcellos (2008, p. 128-129) discorre sobre estes objetos e modalidades de controle jurisdicional de políticas públicas:

Quando se trata de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais – nos termos em que o conceito foi delimitado para este estudo -, que objetos podem ser alvo de controle jurisdicional? Em outros termos, o que é exigível nessa matéria e, portanto, pode ser sindicado judicialmente? É possível cogitar de 5 (cinco) objetos distintos (sem prejuízo de outros), ainda que interligados, que podem ser agrupados em dois grupos.

No primeiro bloco, será possível controlar, em abstrato, (i) a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; em concreto, será possível cogitar do controle (ii) do resultado final esperado das políticas públicas em determinado setor. No segundo grupo, é possível controlar ainda três outros objetos: (iii) a quantidade de recursos a ser investida, em termos absolutos ou relativos, em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais; (iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; e (v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade. Como é fácil perceber, os dois primeiros objetos de controle se ocupam do conteúdo das políticas públicas em si, ao passo que os três últimos pretendem controlar aspectos do processo de decisão e execução de políticas públicas levado a cabo pelo Poder Público.

Relevante para o presente estudo atentar para o objeto descrito no item *iii* supramencionado, uma vez que, analisando sob a perspectiva do Poder Legislativo em editar normas orçamentárias para execução dos direitos sociais fundamentais, é

justamente a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas vinculadas à realização dos direitos fundamentais que pode ser controlada, com eficiência, pela via processual da ADPF.

A Constituição fixa percentuais mínimos de recursos a serem investidos em educação e saúde pelos entes federativos (art. 198, §2º e art. 212, da CFB⁶⁶), bem como vincula as receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social⁶⁷. Tais diretrizes são vinculantes e obrigatórias e, considerada a educação e a saúde como direitos sociais erigidos a preceitos fundamentais, seu desrespeito enseja descumprimento de mandamento constitucional a justificar o ajuizamento de ADPF.

Viável, todavia, cogitar da construção teórica de outros parâmetros nessa matéria⁶⁸, além dos objetivamente já fixados pela Constituição, sendo plausível imaginar relações de prioridade exigíveis entre diferentes tipos de gastos do Poder Público e em função dessas relações desenvolver controles (BARCELLOS, 2008, p. 131-132).

⁶⁶ Art. 198, § 2º, CFB: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.”

Art. 212, CFB: “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.”

⁶⁷ Art. 195, CFB: “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.”

⁶⁸ BARCELLOS, 2008, p. 132: Pode ser juridicamente consistente, por exemplo, sustentar que os gastos com publicidade governamental não poderão ser superiores aos investimentos com saúde ou educação, uma vez que necessidades importantes de tais áreas sofram com carência de recursos, ou que os gastos públicos com evento culturais (*e.g., shows*) não possam ultrapassar ou representar mais do que determinada fração daqueles com educação fundamental e média, etc.

Com isto, não se pretende que o Judiciário avoque o exercício das competências administrativa e legislativa de distribuição dos recursos para as diversas políticas públicas que devem ser criadas e executadas para atender aos ditames da Constituição. Entretanto, havendo fundado receio de que um preceito fundamental seja descumprido por ausência ou insuficiência da previsão orçamentária feita pelo Legislativo, deve o Judiciário, essencialmente o STF, valer-se de sua função de guardião da Constituição para extirpar a inconstitucionalidade do mundo da realidade.

Tratando-se dos percentuais destinados a certas áreas já preestabelecidas pela Constituição, não há maiores dúvidas, já que o controle pelo Judiciário é imediato e tem lastro constitucional. A elaboração de parâmetros diversos destes pela doutrina e jurisprudência exigirá um esforço de justificação mais detalhado, todavia uma vez constatado que o *quantum* investido pelo Poder Público em determinada área é totalmente desproporcional aos investimentos suficientes em direitos sociais de atendimento necessário (por exemplo, saúde e educação), mister que seja realizado o controle jurídico, que poderá, inclusive, determinar o contingenciamento e aproveitamento dos recursos de modo a atender às demandas sociais.

Infortunadamente, no Brasil não há uma cultura de responsabilização do Estado por atos legislativos. A edição de uma lei inconstitucional pode perpetrar injustiças e gerar danos irreparáveis. A previsão inadequada da lei orçamentária para execução da política pública de saúde de um Município ou Estado pode causar mortes de pessoas que sequer tiveram a oportunidade de participar do debate político, que determinaria sua vida ou a interrupção dela, a não ser pelo tão proclamado direito ao voto como subterfúgio de cidadania plena.

Quando se está diante de uma morte de um cidadão num hospital público por indisponibilidade de leito de unidade de tratamento intensivo, não se atribui aquela vida à conta da ineficiência do Legislativo em editar leis condizentes. As pessoas hipossuficientes que deveriam ser absorvidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) são relegadas ao segundo plano (para não dizer ao último plano) e enterradas como “indigentes” de um Estado excludente.

Na hipótese disto chegar a ser divulgado na mídia⁶⁹ – na maioria das vezes não alcança a mídia – não se atribui a responsabilidade ao Legislativo que deixou de prever orçamento suficiente para atendimento das demandas sociais da saúde, mas busca-se voltar os olhos para a inércia do Executivo e de seu representante eleito por não executar a respectiva política pública, ou fazê-lo de modo ineficiente, ou ao Ministério Público por não ter fiscalizado o cumprimento desta.

Com a colocação supra não se está a justificar a inação do Executivo na consecução da missão pública de ofertar o máximo de prestações sociais com prioridade às soluções mais econômicas. O Executivo tem sua grande parcela de responsabilidade em relação à má gestão da *res publica* decorrente da promoção de gastos desnecessários e em áreas supérfluas a ensejar, até mesmo, atos de improbidade administrativa, os quais muitas vezes constituem objeto de atuação do Ministério Público. Sua responsabilidade também abrange a própria formulação da proposta orçamentária encaminhada ao Legislativo (Plano Plurianual (PPA); Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO); Lei de Orçamento Anual (LOA)), que deve ser bem planejada e feita a partir de estudos coerentes.

Em relação aos atos legislativos ilegítimos não se afigura comum a utilização de instrumentos para coibi-los. Anote-se, por oportuno, que o Legislativo tem sua parcela de responsabilidade também na incipiente execução das políticas públicas, já que na esfera de divisão de competências⁷⁰, em âmbito federal, o projeto de LDO é enviado

⁶⁹ Notícia publicada no sítio eletrônico “globo.com” informa a morte de bebê de três meses por ausência de leito de UTI. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/12/bebe-morre-e-pais-denunciam-falta-de-uti-e-ambulancia-em-hospital-no-rj.html>> Acesso em 19 de fevereiro de 2.013.

⁷⁰ O Orçamento Geral da União (OGU) é formado pelo Orçamento Fiscal, da Seguridade e pelo Orçamento de Investimento das empresas estatais federais. Existem princípios básicos que devem ser seguidos para elaboração e controle do Orçamento que estão definidos na Constituição, na Lei 4.320, de 17 de março de 1964, no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias. A Constituição Federal de 1988 atribui ao Poder Executivo a responsabilidade pelo sistema de Planejamento e Orçamento que tem a iniciativa dos seguintes projetos de lei: Plano Plurianual (PPA); De Diretrizes Orçamentárias (LDO); De Orçamento Anual (LOA). O Projeto de Lei do PPA define as prioridades do governo por um período de quatro anos e deve ser enviado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional até o dia 31 de agosto do primeiro ano de seu mandato. De acordo com a Constituição Federal, o Projeto de Lei do PPA deve conter “as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”. O PPA estabelece a ligação entre as prioridades de longo prazo e a Lei Orçamentária Anual. O Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) deve ser enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional até o dia 15 de abril de cada ano. A LDO estabelece as metas e prioridades para o exercício financeiro

pelo Executivo ao Congresso Nacional, que pode fazer as adaptações e correções devidas. Ademais, a proteção deficiente de norma constitucional de eficácia limitada (programática) que tutela direitos sociais fundamentais também remonta à sua responsabilidade. Por fim, em que pese não ser o objeto deste estudo, vale citar que, além da função típica de legislar, ao Legislativo também foi atribuída a função fiscalizatória, com auxílio do Tribunal de Contas⁷¹.

Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas (2001, p. 98-99) trata da responsabilização do Estado por atos legislativos:

Figura a inconstitucionalidade como um dos aspectos da ilegalidade, impondo, em consequência, a necessidade de responder pelos prejuízos causados pelos atos eivados deste vício.

[...]

Nesse regime, a constituição é a fonte positiva do direito, dando validade e fundamento às normas hierarquicamente inferiores. Nele, a ordem constitucional atua como parâmetro da legitimidade da produção legislativa ordinária.

O vício de inconstitucionalidade é detectado quando o ato normativo não se adequa aos limites estabelecidos no texto constitucional. A lei resulta inconstitucional quando contém prescrições incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição, conflitando com seus dispositivos ou violando normas de competência ou de processo de formação de leis.

A consequência da sua declaração com tal, implica no reconhecimento da existência de um “ilícito legislativo”, o que impõe a responsabilização do Estado pelos danos emergentes. Não é lícito ao legislador ordinário infringir o ordenamento constitucional.

subsequente; orienta a elaboração do Orçamento; dispõe sobre alteração na legislação tributária; estabelece a política de aplicação das agências financeiras de fomento. Com base na LDO aprovada pelo Legislativo, a Secretaria de Orçamento Federal elabora a proposta orçamentária para o ano seguinte, em conjunto com os Ministérios e as unidades orçamentárias dos poderes Legislativo e Judiciário. Por determinação constitucional, o governo é obrigado a encaminhar o Projeto de Lei do Orçamento ao Congresso Nacional até o dia 31 de agosto de cada ano. Acompanha o projeto uma Mensagem do Presidente da República, na qual é feito um diagnóstico sobre a situação econômica do país e suas perspectivas. O governo define no Projeto de Lei Orçamentária Anual, as prioridades contidas no PPA e as metas que deverão ser atingidas naquele ano. A Lei Orçamentária disciplina todas as ações do governo federal. Nenhuma despesa pública pode ser executada fora do Orçamento, mas nem tudo é feito pelo governo federal. As ações dos governos estaduais e municipais devem estar registradas nas leis orçamentárias dos Estados e municípios. No Congresso, deputados e senadores discutem na Comissão Mista de Orçamentos e Planos a proposta enviada pelo Executivo, fazem as modificações que julgam necessárias através das emendas e votam o projeto. A Constituição determina que o Orçamento deve ser votado e aprovado até o final de cada Legislatura. Depois de aprovado, o projeto é sancionado pelo Presidente da República e se transforma em Lei. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/secretaria.asp?cat=51&sub=129&sec=8>> Acesso em 19 de fevereiro de 2.013.

⁷¹ Art. 71, CFB: O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

O termo “ilícito legislativo” bem descreve o título que deve ser dado ao vício de inconstitucionalidade do ato legislativo, que pode se dar por ação ou omissão. A omissão legislativa pode ser tanto pela insuficiência da disposição legal (omissão parcial) como pela própria ausência desta para atender ao direito posto na Constituição (omissão total).

José Joaquim Gomes Canotilho (1992, p. 1102) observa a existência de omissões legislativas parciais como forma de privilégio a determinados grupos ou situações:

[...] o conceito jurídico-constitucional de omissão é compatível com *omissões legislativas parciais*, isto é, omissões derivadas de os actos legislativos concretizadores de imposições legiferantes favorecerem certos grupos ou situações, esquecendo outros grupos e outras situações que preenchem os mesmos pressupostos de facto. Esta concretização incompleta tanto pode resultar de uma intenção deliberada do legislador em conceder vantagens só a certos grupos ou contemplar certas situações, violando o princípio da igualdade e cometendo uma “inconstitucionalidade por ação”, como derivar apenas de uma incompleta apreciação das situações de facto, mas sem que haja o propósito de arbitrariedade e unilateralmente se favorecerem só certos grupos ou situações.

Configura-se omissão legislativa não apenas quando o órgão legislativo não cumpre o seu dever, mas também quando o satisfaz de forma incompleta⁷². Dado que no caso de uma omissão parcial há uma conduta positiva, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade, em princípio, da aferição da legitimidade do ato defeituoso ou incompleto no processo de controle de normas, ainda que abstrato. Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 76-77), nesta perspectiva, observa a oportunidade de controle abstrato das normas para sanar omissão inconstitucional:

Tem-se, pois, aqui, uma *relativa* mas inequívoca *fungibilidade* entre a ação de inconstitucionalidade – direta ou no contexto da arguição de descumprimento – e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que as duas espécies – o controle de normas e o controle da omissão – acabam por ter, formal e substancialmente, o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.

Ressalte-se que o problema do controle da omissão não decorre propriamente do pedido, até porque, em um ou em outro caso, tem-se sempre um pedido de declaração de inconstitucionalidade. Tratando-se de omissão, a própria norma incompleta ou defeituosa há de ser suscetível de impugnação na ação direta

⁷² Ferrajoli (2002, p. 736) chega a dizer que não basta que o órgão legislativo cumpra seu dever de legislar, defendendo que “apenas um remodelamento do papel da lei, sustentado por uma renovada e atualizada ciência da legislação, pode reestruturar e em muitos casos instaurar uma legalidade garantista, ancorando-a solidamente à tutela dos direitos fundamentais.”

de inconstitucionalidade, porque é de norma alegadamente inconstitucional que se cuida, ainda que a causa de inconstitucionalidade possa residir na sua incompletude.

O art. 10 da Lei n. 9.882/99⁷³, ao estatuir que o STF fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental vulnerado, abre uma nova perspectiva, não por criar uma nova via processual própria, mas justamente por fornecer suporte legal direto ao desenvolvimento de técnicas que permitam superar o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão.

Infere-se que a partir das omissões legislativas parciais, dadas por uma conduta positiva de aprovação de legislação incompleta ou insuficiente, que impliquem proteção deficiente dos direitos sociais fundamentais, surgirá uma inconstitucionalidade a ser vergastada por via de ADI ou, em se tratando de violação de preceito fundamental, por intermédio de ADPF. Extrai-se que, diante de uma omissão legislativa parcial inconstitucional – máxime em se tratando de direito municipal e leis de efeitos concretos (ex.: lei orçamentária anual) –, a ADPF poderá ser o único instrumento de promoção de justiça social.

3.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45: retórica da reserva do possível e a omissão legislativa em sede de direito à saúde

Procede-se ao estudo da ADPF nº 45⁷⁴, de competência originária do STF, julgada em 29 de abril de 2004, a fim de demonstrar como o instrumento processual revela-se essencial na colmatação de omissões legislativas e na fixação de parâmetros para prestação de direitos sociais pelo Estado. Esta ação foi promovida pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB contra veto que, emanado do Senhor Presidente

⁷³ Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

⁷⁴ Ementa: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da 'reserva do possível'. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da Arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF-MC.SCLA.+E+45.NUME.+E+20040429.JULG.&base=baseMonocraticas>> Acesso em: 18 de fevereiro de 2.013.

da República, incidiu sobre o §2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59) de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

O autor da referida ação constitucional argumenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional nº 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços de saúde. Após o veto parcial questionado, por iniciativa presidencial, houve a remessa ao Congresso Nacional de projeto de lei que, transformando a Lei nº 10.707/2003, restaurou em sua integralidade, o dispositivo vetado.

Em virtude disso, sobreveio a edição da Lei nº 10.777/2003, que restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo⁷⁵. Por consequência, a omissão motivadora do ajuizamento da ação constitucional foi suprida, incidindo a prejudicialidade de seu julgamento por perda superveniente de objeto.

O STF⁷⁶, por seu ministro Celso de Mello (relator), contudo, sob o fundamento da envergadura constitucional da controvérsia jurídica suscitada e considerada a

⁷⁵ Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: "Art. 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: 'Art.59 - (...) § 3º Para os efeitos 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. § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no §3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004."

⁷⁶ Excerto do voto do ministro Celso de Mello: "Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. 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

dimensão política da jurisdição constitucional conferida à Corte, optou por adentrar no conteúdo material da questão da saúde e traçou importantes considerações acerca dos limites e legitimidade de atuação do Poder Judiciário na seara de políticas públicas.

Na oportunidade, o ministro Celso de Mello em seu voto sinalizou que o ato emanado do Senhor Presidente da República poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000.

Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 77-78), comentando a decisão monocrática, ressaltou que esta reconheceu constituir a ADPF instrumento apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, restando inequívoca, pois, a utilização da ADPF no âmbito das omissões legislativas.

Dentre as relevantes considerações feitas no julgamento da ADPF nº 45 encontra-se o embate entre a retórica da reserva do possível e a omissão legislativa em sede de direito à saúde. Diz-se retórica para exprimir a arte de usar uma linguagem para comunicar de forma eficaz e persuasiva⁷⁷. Isto porque, o argumento da reserva do

Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF-MC.SCLA.+E+45.NUME.+E+20040429.JULG.&base=baseMonocraticas>> Acesso em: 18 de fevereiro de 2.013.

⁷⁷ Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Retórica>> Acesso em 17 de fevereiro de 2.013.

possível passou a ser corriqueiramente utilizado em defesa do Estado para persuadir os julgadores da impossibilidade de atender às demandas sociais.

Consoante já esposado em tópico próprio⁷⁸, no Brasil a aplicação da teoria da reserva do possível, que recebeu viés diferente daquele em que a teoria foi originalmente concebida na Alemanha, não tem espaço caso preenchida a dimensão tríplice⁷⁹: disponibilidade fática de recursos; disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos; e proporcionalidade da prestação e razoabilidade da exigência.

Como bem anotado também no acórdão da ADPF nº 45, os condicionamentos impostos, pela cláusula da reserva do possível, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Celso de Mello (ADPF nº 45) acrescenta ainda:

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descharacterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. 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. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Expostas as bases para aplicação da teoria da reserva do possível, passa-se à análise dos parâmetros para a efetivação judicial do direito social à saúde. A

⁷⁸ Ver item 2.4.

⁷⁹ SARLET (2008, p. 30)

jurisprudência brasileira caminhou por diversas vertentes desde a Constituição Federal de 1988, de modo que a consciência de cada juiz trilhava os rumos da demanda judicial com pleito envolvendo a saúde⁸⁰.

Tramitou perante o STF a ação de STA nº 175⁸¹, julgada em 17 de março de 2.010 pelo órgão Pleno do Tribunal, que trouxe importantes contribuições para fixação de critérios para interveniência do Poder Judiciário em políticas públicas referentes à saúde, os quais serão explanados a seguir com base no acórdão publicado.

A referida decisão é considerada como paradigma a ser seguido pelos demais tribunais e juízos brasileiros por trazer concepções adequadas para o controle jurisdicional das prestações sociais afetas à saúde, máxime por ter sido precedida da Audiência Pública da Saúde⁸², por trazer uma abordagem analítica e prospectiva da questão no voto do relator, ministro Gilmar Mendes, e por abranger o julgamento de

⁸⁰ A ministra Ellen Gracie já havia se manifestado anteriormente sobre as políticas públicas de saúde nos seguintes processos: STA 91, SS 3073, SS 3231, SS 3158, SS 3205, SS 3183. Todavia, nestas decisões e votos não houve a fixação clarividente de parâmetros para judicialização da saúde tal como fora feito na STA 175.

⁸¹ No relatório do acórdão constou: “No caso dos autos, ressalto os seguintes dados fáticos como imprescindíveis para a análise do pleito: a) a interessada, jovem de 21 anos de idade, é portadora da patologia denominada NIEMANN-PICK TIPO C, doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, tais como, “movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas” (fl. 29); b) os sintomas da doença teriam se manifestado quando a paciente contava com cinco anos de idade, sob a forma de dificuldades com a marcha, movimentos anormais dos membros, mudanças na fala e ocasional disfagia (fl. 29); c) os relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação relatam que o uso do ZAVESCA (miglustat) poderia possibilitar um aumento de sobrevida e a melhora da qualidade de vida dos portadores de Niemann-Pick Tipo C (fl. 30); d) a família da paciente declarou não possuir condições financeiras para custear o tratamento da doença, orçada em R\$ 52.000,00 por mês; e e) segundo o acórdão impugnado, há prova pré-constituída de que o medicamento buscado é considerado pela clínica médica como único capaz de deter o avanço da doença ou de, pelo menos, aumentar as chances de vida da paciente com uma certa qualidade (fl. 108). STF – STA 175 – Ag. Reg./CE - Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2.013

⁸² A Audiência Pública, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Os esclarecimentos prestados pela sociedade a esta Audiência Pública serão de grande importância no julgamento dos processos de competência da Presidência que versam sobre o direito à saúde. Notícia publicada e disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>> Acesso em 17 de fevereiro de 2.013.

vários casos⁸³ simultaneamente, com fulcro no art. 127⁸⁴ do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF).

A abordagem dos critérios fixados pelo ministro relator, Gilmar Ferreira Mendes, parte da análise preliminar sobre a existência ou não de política estatal previamente definida pelos Poderes Legislativo e Executivo para atender o direito à saúde pleiteado, devendo sempre ser analisado o caso concreto. O Poder Judiciário, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS, não está criando política pública, e sim determinando o seu cumprimento, sendo evidente a existência do direito subjetivo da parte.

Em não existindo a respectiva política pública do SUS, emerge o primeiro critério estabelecido pela STA nº 175 para interferência do Poder Judiciário, devendo ser analisado se a ausência de prestação de saúde decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação. Independentemente de quem decorra a omissão, não deve isto constituir um óbice ao fornecimento da prestação da saúde, todavia o devido fornecimento de qualquer medida de saúde deve ter previsão legal.

Em caso de não fornecimento de uma ação de saúde pelo SUS, surge o segundo critério destacado a fim de aferir a motivação desta negativa, haja vista que há ações judiciais cujo pleito visa garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Emergem duas hipóteses: o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

Pode ser que o tratamento dado pelo SUS, por peculiaridades do organismo do paciente, não seja para este eficaz, hipótese em que poderá ser concedida prestação

⁸³ Suspensão de Segurança (SS) 3724-AgR; SS 2944-AgR; STA 278-AgR; SS 3345-AgR; SS 3355-AgR; SS-2361 AgR.

⁸⁴ Art. 127 RISTF: “Podem ser julgados conjuntamente os processos que versarem a mesma questão jurídica, ainda que apresentem peculiaridades.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacao/regimento/interno/anexo/ristf_fevereiro_2010.pdf> Acesso em 17 de fevereiro de 2013.

diversa pelo Poder Judiciário, desde que seja necessária e suficiente. Cumpre ressaltar, todavia, que deve ser dada preferência ao tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de outras opções escolhidas pelo paciente, quando não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

O terceiro critério apontado remete à conjectura de o SUS não prever tratamento específico para determinada patologia, sendo preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais e os novos tratamentos ainda não testados pelo SUS. No caso de tratamento experimental (sem comprovação científica de sua eficácia), a participação neste rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica, de modo que o Estado não pode ser compelido a fornecê-lo.

Em se tratando de novos tratamentos não verificados pelo SUS, a decisão aduz ser necessária redobrada atenção na apreciação da matéria, sendo indispensável a dilação probatória a fim de verificar a eficiência do tratamento para aquele caso concreto. De todo modo, destaca-se a importância da instrução probatória das demandas envolvendo prestações de saúde a fim de evitar a massificação de sentenças judiciais em dissonância com a realidade fática.

Contextualizado o estado da arte da judicialização da saúde na jurisprudência do STF, infere-se que a cláusula da reserva do possível pode compatibilizar-se com a proteção do mínimo existencial, desde que as premissas para resguardo da dignidade da pessoa humana sejam colocadas como prioridade, do ponto de vista legislativo e administrativo, e somente depois de atingida a política pública relacionada ao atendimento deste mínimo existencial é que se pode aventar o investimento dos recursos financeiros nos demais projetos sociais.

Partindo do pressuposto de que a efetivação do direito à saúde é imprescindível para a garantia do direito à vida e para a construção de uma sociedade justa e igualitária, queda clarividente que o STF, como órgão do Poder Judiciário e guardião da Constituição Federal, assumiu posição jurídico-político no sentido de concatenar a atuação dos demais Poderes visando à correta interpretação e máxima eficácia das normas constitucionais. Como derradeira trincheira das mazelas sociais, o STF rendeu

seus esforços a viabilizar que o texto normativo não seja omissو nem esteja distante das necessidades da sociedade brasileira, o que pode ser vislumbrado, com evidência, a partir dos critérios fixados na STA nº 175 e da instrumentalização processual declarada na ADPF nº 45.

CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida trilhou seu caminho para o alcance de propostas processuais para colmatar - ou minimizar - a insuficiência de proteção legislativa das normas constitucionais relativas aos direitos sociais fundamentais que dependem de interposição do Poder Legislativo. Partindo das lições concedidas por diversos estudiosos e pela produção jurisprudencial do STF, vislumbrou-se a ADPF como instrumento processual hábil a sanar omissões legislativas inconstitucionais na seara do controle abstrato de constitucionalidade.

No decorrer da pesquisa observou-se que nas obras jurídicas que tratam do tema pouco se discute sobre a viabilidade da ADPF como expediente legítimo para combater tais omissões e, de outro lado, sobrejam explanações que inserem a ADI por omissão e o mandado de injunção como as vias processuais adequadas a tutelá-las, o que não se refuta no presente estudo. Denota-se que a jurisprudência também ainda está tímida em reconhecer a relevância merecida à ADPF, o que não desnatura a proposta ora aventada, mesmo porque o STF, ainda que em poucas oportunidades, já prolatou julgados afirmando o cabimento da ADPF para concretizar políticas públicas.

Uma destas oportunidades serviu de lastro exemplificativo para a pesquisa, que analisou o julgamento da ADPF nº 45, declarada prejudicada pela superveniência da legislação condizente, mas que ainda sim adentrou no mérito da questão para sufragar a adequação da via processual da ADPF a suprir omissões legislativas.

Importante conclusão alcançada na pesquisa refere-se ao estabelecimento de duas vertentes de jurisdição constitucional desempenhada pelo STF para tutelar os direitos sociais lesionados por omissões legislativas. A primeira relaciona-se às omissões legislativas totais, que pressupõem a ausência da lei regulamentadora de norma constitucional de eficácia limitada (programática), e dão ensejo ao ajuizamento de ADI por omissão ou ADI genérica, haja vista que a omissão também gera a inconstitucionalidade.

A segunda remete às omissões legislativas parciais, que pressupõem a conduta de positivação de uma norma, mas que esta se apresenta de modo incompleto, deficiente ou insuficiente a resguardar o direito social fundamental a que se propôs. No âmbito desta segunda vertente, a ADI genérica não perde espaço e continua sendo ação cabível para repelir a constitucionalidade, todavia, em se tratando de proteção deficiente por lei que viole preceito fundamental, a ADPF emerge como a ferramenta mais adequada. Anote-se, ainda, que diante de uma omissão legislativa parcial constitucional que envolva direito municipal e leis de efeitos concretos (ex.: lei orçamentária anual) a ADPF poderá ser o único instrumento de promoção de justiça social.

Ressalte-se, por oportuno, que a liberdade de conformação do legislador e de atuação do administrador não se revelam absolutas no campo da formulação e execução das políticas públicas, haja vista que devem ser respeitados os parâmetros constitucionais de investimento mínimo nas áreas de saúde e educação (Art. 198, § 2º e Art. 212, da CFB), bem como devem ser previstos os recursos necessários para a execução orçamentária anual.

Destaque-se, de outro lado, que atuação do Poder Judiciário também não pode ser absoluta e intransigente, devendo respeitar o princípio da separação dos poderes, o qual não resta afrontado quando se está diante da inércia dos demais Poderes em executar as tarefas determinadas pela Constituição Federal. A judicialização das demandas sociais não erige o juiz, e no âmbito proposto o STF, a patamar supremo, de modo que suas decisões devem obedecer a critérios aferíveis e razoáveis, máxime para garantir a isonomia e imparcialidade.

No afã de desvendar critérios de atuação jurisdicional, a pesquisa observou aqueles esposados no julgamento pelo STF do Agravo Regimental na STA nº 175, os quais podem ser sintetizados em diversas fases. As inferências deste julgado não se restringem ao direito discutido naquela oportunidade, qual seja o direito à saúde, haja vista que as demais políticas públicas possuem o mesmo fundamento: promover a igualdade social.

Discorrendo sobre os critérios, primeiramente, o juiz deve verificar a existência de uma política pública sobre a questão colocada em juízo. Constatada a existência da política pública, o Poder Judiciário, ao deferir uma prestação incluída nesta, não está criando nem governando, e sim determinando o seu cumprimento, sendo evidente, neste caso, a existência do direito subjetivo do cidadão. Em sentido contrário, constatada a inexistência da respectiva política pública que atenda ao direito pleiteado em juízo, emerge a necessidade de analisar se a negativa da prestação social decorre de uma omissão legislativa ou administrativa.

Verificada a omissão administrativa, invoca-se, de acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto (2008, p. 535-542), sete parâmetros materiais para efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário: a) legitimidade, em regra, circunscrita à esfera de fundamentalidade material; b) legitimidade, em regra, restrita aos hipossuficientes; c) possibilidade de universalização da medida; d) dever de considerar o sistema de direitos sociais em sua unidade; e) prioridade para a opção técnica da Administração; f) prioridade para solução mais econômica; g) variação da intensidade do controle jurisdicional de acordo com os níveis de investimento em políticas sociais.

Certificada a omissão legislativa, deve-se analisar, com prudência, se a hipótese revela um silêncio eloquente do legislador ou uma lacuna. Caso o legislador, conhecendo da matéria, faça a opção por não dispor sobre ela e não sendo esta inação causa impediente do exercício de direitos fundamentais, revela-se a existência de um silêncio legítimo da lei. Em se tratando de lacuna que provoque uma omissão inconstitucional decorrente da inércia na edição de lei regulamentadora de norma constitucional de eficácia limitada (programática), deve-se adentrar no campo dos limites aos direitos sociais para aferir se seria exigível outra conduta do legislador.

Exatamente no âmbito dos limites aos direitos sociais fundamentais é possível extraír os critérios para suprir omissões legislativas, uma vez que o Poder Judiciário, ao julgar questão afeta à omissão legislativa parcial que dê ensejo a uma inconstitucionalidade, deve atentar-se: a) à escassez de recursos (cunhada no Brasil como reserva do possível) para aferir se há condições financeiras de atender à demanda de forma universalizada; b) ao princípio da separação de poderes para evitar que avoque

funções estranhas ao seu encargo, o que não ocorre em caso de inércia dos demais Poderes, conforme exposto; e c) ao princípio democrático que permite que o povo, titular do poder constituinte originário, eleja seus representantes, os quais exercem mandato legítimo, que deve ser respeitado se a atuação estiver nos meandros da razoabilidade e proporcionalidade.

Imprescindível perceber que a omissão no que se refere às políticas públicas também pode ser determinada pelo Poder Legislativo ao dispor de forma inadequada ou deixar de dispor em lei sobre recursos orçamentários e, nesta senda, dar causa a proteção deficiente de norma constitucional de eficácia limitada (programática) que tutele direitos sociais fundamentais.

De todo modo, sempre que uma restrição judicial ou legal, apesar de adequada do ponto de vista estrito da lei, violar o núcleo essencial do direito fundamental ou, de forma inequívoca, o conteúdo mínimo de dignidade da pessoa humana, ela será desproporcional. Partindo desta premissa, tem-se que a teoria da reserva do possível pode compatibilizar-se com a proteção do mínimo existencial somente se estiver resguardada a dignidade da pessoa humana, colocada como prioridade, e se houver viabilidade de universalização da prestação social.

Para executar este mister, pode e deve ser feito, se necessário, o contingenciamento dos recursos. Procedido ao remanejamento e comprovada a sua insuficiência para atender todas as pessoas que se encontram na mesma posição jurídica, vislumbra-se uma colisão de direitos que não pode ser resolvida pelo Poder Judiciário, já que terá em mãos duas grandezas de valor idêntico, não podendo privilegiar o direito de um cidadão em detrimento de outro, igualmente cidadão.

Relevante entender que os direitos sociais fundamentais não podem ser considerados meros conselhos fincados sob a redoma da programaticidade, devendo passar para o campo do universal, real e efetivo. A dimensão programática das normas constitucionais convive com os direitos e sua respectiva eficácia, de modo a afastar a visão desta dimensão como mera proclamação de cunho ideológico e político.

Desvinculado do escopo de ditar verdades inequívocas quanto à aplicabilidade do conteúdo desenvolvido e sem a pretensão de inovar, o estudo logrou êxito em estabelecer o cabimento da ADPF para sanar omissões legislativas parciais que gerem insuficiência de tutela dos direitos sociais fundamentais e, por consequência, constitucionalidade a partir do descumprimento de preceito fundamental.

Neste diapasão, o trabalho atingiu seu objetivo de posicionar a ADPF como instrumento processual hábil a tutelar a eficácia social e jurídica dos direitos sociais. Atentou-se para o fato de que o Poder Público ocupa tanto a posição de devedor de prestações sociais como a de parceiro das demais instituições, que devem alcançar um consenso mínimo a partir de um diálogo institucional com a finalidade de aprimorar os meios de promoção e universalização de direitos, de forma a viabilizar o maior anseio dos direitos sociais: a promoção da igualdade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Fareso – Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARGENTINA. **LA LEY 1997-C**, 29, con nota de germán J. Bidart Campos - DJ 1997-2, 281 - IMP 1997-A, 666 - CS Fallos 319, 1934. Disponível em: <<http://www.eco.unlpam.edu.ar>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2.013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 111-147.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional**. Fundamentos Teóricos. São Paulo: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 5. ed., 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Como é feito o orçamento**. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/secretaria.asp?cat=51&sub=129&sec=8>> Acesso em 19 de fevereiro de 2.013.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br>>. Acesso em: 17 fev 2013.

BRASIL. Agravo de Instrumento nº 174.811-7/RS – Rel. Min. Moreira Alves, **Diário da Justiça**, Seção I, 2 de maio de 1996, p. 13.770.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2076 / AC - ACRE** Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO - Julgamento: 15/08/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 08-08-2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 25 de julho de 2.012.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.231 / DF**. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2.013.

_____. **Agravo de Instrumento nº 734487 - AgR/PR**, Relatora Min. Ellen Gracie, j. 03/08/2010, Segunda Turma, DJe-154 19-08-2010). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>> Acesso em 15 de fevereiro de 2.013.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 18 de fevereiro de 2.013.

_____. **Habeas Corpus 87585 / TO - TOCANTINS** - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO - Julgamento: 03/12/2008 -Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 25 de julho de 2.012.

_____. **Habeas Corpus 87585 / TO - TOCANTINS** - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO - Julgamento: 03/12/2008 -Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 25 de julho de 2.012.

_____. **Recurso Extraordinário nº 367432 - AgR/PR**, Relator Min. EROS GRAU, j. 20/04/2010, Segunda Turma, DJe- 13-05-2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2.013.

_____. **Recurso Extraordinário nº 130552**. São Paulo. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Diário da Justiça 28.06.91, p. 8907. Ementário Vol. 1626-03, p. 525. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Vol. 136-03, p. 1340. Julgamento em 04.06.91. 1ª turma, 1991.

_____. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 17 de fevereiro de 2.013.

_____. **Suspensão de Tutela Antecipada 175** – Ag. Reg./CE - Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2.013

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMPOS, Hélio Sílvio Ourem. **As lacunas e o silêncio eloquente.** Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/45635749_As_lacunas_e_o_silncio_elquent> Acesso em: 03 de agosto de 2.012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Trad.: Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinho. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

_____. **“Brancosos” e Interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acess to justice:** the worldwide movement to make rights effective. A general report. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CIANCIARDO, Juan. **El conflictivismo en los derechos fundamentales.** Navarra/Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2000.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.** 2. Ed. São Paulo: RT, 2000.

COELHO, Edihermes Marques. Princípios processuais penais garantistas e a Constituição de 1988. In: ROSSI, Alexandre Luiz Bernardi; MESQUITA, Gil Ferreira de. (orgs.) **Maioridade Constitucional** – Estudos em comemoração aos dezoito anos da Constituição Federal. São Paulo: Lemos e Cruz, 2008, pp. 73-99.

DROMI, José Roberto. **La reforma constitucional: El constitucionalismo del “porvenir”**. El derecho público de finales de siglo: uma perspectiva Iberoamericana. Eduardo Garcís de Enterría e Manuel Clavero Arevalo (coords.). Madrid: Fundación Banco Bilbao Viscaya, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRAJOLI, Luigi, **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Trad.: Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 3. ed., Madrid, Trotta, 1999.

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: UNESP-FHDSS, 2001.

GOUVÊA, Marcos Maselli. Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. In: GARCIA, Emerson (org.). **Efetividade dos Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 199-254.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LARENZ, KARL. **Metodologia da Ciência do Direito.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 9. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución.** Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARMELSTEIN, George. **Caderno de Direito Constitucional: Controle Judicial dos Direitos Fundamentais.** Curitiba: Emagis, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei 9.882, de 3.12.1999.** São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília. Vol. 41, nº 162, abr/jun, 2004.

_____; COELHO, I. M.; BRANCO, P.G.G. **Curso de Direito Constitucional.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 15. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2004.

_____. **Direito Constitucional,** 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POLETTI, Ronaldo. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PORT, Otávio Henrique Martins. **Os Direitos Sociais e Econômicos**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais** – funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SAES, Wandimara Pereira dos Santos. **A justiciabilidade dos direitos sociais no Brasil: abordagem analítica, empírica e normativa**. 2008. 341 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, São Paulo.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: _____.; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 11-53.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHÄFER, Gilberto. **Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004a.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.

SIQUEIRA JR. Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional.** 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

SOUZA, Michel Roberto Oliveira de. O Supremo Tribunal Federal e a Busca de Parâmetros para a Intervenção Judiciária em Políticas Públicas da Saúde. **Revista Digital de Direito Público.** Vol. 1, n. 1, 2012, pp. 244-260. Disponível em: <<http://143.107.157.117/ojs/index.php/RDDP/article/download/15/39>> Acesso em: 17 de fevereiro de 2.013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: alguns parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 515-551.

TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. (1992, p. 05). **The global expansion of judicial power.** Bologna, University of Bologna: Forlí, 1992.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1996.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 69-86.

_____. **O Direito ao Mínimo Existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.