



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR**  
**Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação**  
**Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania**

**ANDRÉA BOCZAR LINS SANTANA**

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A EFETIVIDADE DAS  
PRESTAÇÕES SOCIAIS DO ESTADO**

**Salvador**

**2018**

**ANDRÉA BOCZAR LINS SANTANA**

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A EFETIVIDADE DAS  
PRESTAÇÕES SOCIAIS DO ESTADO**

Dissertação apresentada ao Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Dirley da Cunha Júnior

**Salvador**

**2018**

Ficha Catalográfica. UCSal. Sistema de Bibliotecas

S232 Santana, Andréa Boczar Lins

Jurisdição constitucional e a efetividade das prestações sociais do Estado/ Andréa Boczar Lins Santana. – Salvador, 2018.  
137 f.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior

Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania.

1. Direitos Fundamentais 2. Direitos Sociais 3. Direito a Prestações  
4. Jurisdição Constitucional 5. Controle Judicial das Omissões do Poder Público 6. Neoconstitucionalismo 7. Globalização 8 Dignidade Humana.  
I. Cunha Júnior, Dirley – Orientador II. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação III. Título.

CDU 342.7

## TERMO DE APROVAÇÃO

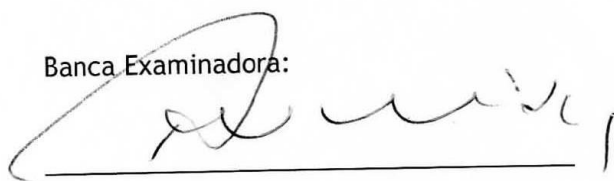
**ANDRÉA BOCZAR LINS SANTANA**

### **“JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A EFETIVIDADE DAS PRESTAÇÕES SOCIAIS DO ESTADO”**

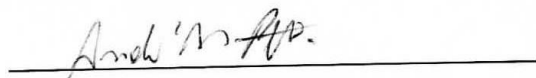
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 30 de agosto de 2018.

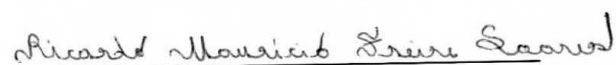
Banca Examinadora:



Prof.(a) Dr.(a) Dirley da Cunha Júnior - UCSAL (orientador)



Prof.(a) Dr.(a) André Alves Portella - UCSAL



Prof.(a) Dr.(a) Ricardo Maurício Freire Soares - UFBA

## AGRADECIMENTOS

Poder agradecer é uma benção de Deus! Em primeiro lugar, por natural, pelo próprio benefício obtido. Mas não é apenas isso! O simples fato de ter a quem agradecer é uma das razões mais importantes para ser grata à vida. Os meus mais sinceros agradecimentos são dirigidos a muitas pessoas e, embora palavras não sejam capazes de expressar os sentimentos em sua plenitude, é do que disponho no momento.

Meus agradecimentos mais que especiais são direcionados ao Professor Dirley da Cunha Júnior, meu Mestre e orientador. Foi ele quem me despertou para os estudos do Direito Constitucional. Desde que o conheci, palestrando de forma leve e apaixonada no Congresso Brasil-Portugal de Direito Constitucional, na Bahia, Professor Dirley nunca deixou de ser o exemplo que procurei seguir. São dele não apenas a orientação formal deste trabalho de pesquisa, mas também os exemplos que procuro seguir na academia e na vida. Muito mais que isso, porém, sou imensamente grata pela amizade sincera que nos une. A ele devo o apoio incondicional nos incontáveis momentos de tropeço, quando achei que não seria capaz de prosseguir. Por essas e outras razões, o meu carinho e gratidão jamais caberão em palavras!

À Professora Inaiá Maria Moreira de Carvalho, a quem tenho forte apreço, pelo apoio de sempre!

À Mirella Uzêda e Amanda Uzêda Jacques, a quem devo a honra do magistério, a minha gratidão e os meus sinceros agradecimentos.

À Professora Ana Maria Seixas Pamponet, Coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Processo Constitucional e Direitos Fundamentais - UCSAL, pela compreensão de sempre.

A Daniel Boczar, meu amado filho, com quem aprendi que com foco e determinação tudo é possível.

Ao Procurador Evandro de Andrade Guerra, pelos inestimáveis ensinamentos, sempre pautados em ideais de cidadania, além da valiosa amizade.

A Cícero Filho, amigo querido e gerente operacional da SutureSkin, pela paciência e compreensão, sem as quais não seria possível a realização deste sonho.

A Maria José Bacelar, amiga muito especial, pelo carinho incondicional.

Aos queridos colegas do Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania, Janaína Matos dos Santos, Leonardo Maciel e Poliana Bertulino Leite, por me mostrarem o colorido da vida. À Carmen Novaes, amiga mais que especial, pelo apoio incondicional nos bons e maus momentos. A você, a minha eterna gratidão!!! À Juliana Manciola Guerra, pelo apoio e amizade constantes. Sou grata ainda a meus familiares, pelo incentivo tão necessário à concretização de mais este sonho, bem como aos funcionários da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Políticas Sociais e Cidadania, da UCSal. pelo apoio e presteza.

Por fim, e acima de tudo e de todos, agradeço a Jesus Cristo, Príncipe da Paz, a quem toda honra e toda glória devem ser atribuídas.

*O que precisa ser feito para que as injustiças mais evidentes do mundo contemporâneo sejam eliminadas ou, ao menos, atenuadas? Nas sociedades democráticas, as instituições do Estado trabalham pela aplicação equânime das leis ou são meros instrumentos de uma burocracia autorreferente? Partindo do ordenamento jurídico em vigor - que negligencia a realidade concreta dos cidadãos para privilegiar a formulação de arranjos institucionais -, que caminhos podem levar à construção de um planeta mais inclusivo e menos iníquo?*

Amartya Sen

## RESUMO

O presente trabalho, resultante de pesquisa bibliográfica, tem como objeto de estudo o papel desempenhado pela jurisdição constitucional, enquanto mecanismo indispensável ao controle das omissões do poder público, notadamente quando estas omissões violam direitos sociais tutelados na Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, objetiva estudar os direitos sociais prestacionais e o seu caráter programático, bem como a sua imediata aplicabilidade, à luz do artigo 5º §1º, constantes da Constituição de 1988. Para tanto, analisa a possibilidade jurídica do reconhecimento desses direitos fundamentais como originários a prestações. Busca comprovar que as prestações, objeto dos direitos fundamentais sociais, correspondem a bens materiais economicamente relevantes, cuja efetivação depende de atuação positiva, de um *facere* Estatal voltado à garantia de benefícios aos indivíduos, para garantir-lhes um mínimo existencial e, conseqüentemente, uma vida digna. Verifica, ainda, o alcance do artigo 60º, §4º aos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos. Por fim, o trabalho pretende comprovar que a atuação da justiça constitucional pode ser considerada uma condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito vigente, notadamente sob a égide de um Estado política e economicamente globalizado.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Direito a Prestações. Jurisdição Constitucional. Controle Judicial das Omissões do Poder Público. Neoconstitucionalismo. Globalização. Dignidade Humana.



## ABSTRACT

The present work, resulting from a bibliographical research, has as object of study the role played by the constitutional jurisdiction, as indispensable mechanism to control the omissions of the public power, especially when these omissions violate social rights protected in the Federal Constitution of 1988. In this context, objective to study the social rights and their programmatic nature, as well as their immediate applicability, in the light of Article 5, paragraph 1, of the Constitution of 1988. To this end, it analyzes the legal possibility of recognizing these fundamental rights as originating in benefits. It seeks to prove that benefits, which are the object of fundamental social rights, correspond to economically relevant material goods, whose implementation depends on positive action, of a State *facere* aimed at guaranteeing benefits to individuals, to guarantee them an existential minimum and, consequently, a life. It also verifies the scope of Article 60, paragraph 4, of the constitutionally established social rights. Finally, the paper intends to prove that the performance of constitutional justice can be considered a condition of possibility of the Democratic State of Law in force, notably under the aegis of a politically and economically globalized State.

**Key words:** Fundamental Rights. Social rights. Right to Benefits. Constitutional Jurisdiction. Judicial Control of Omissions of Public Power. Neo-constitutionalism. Globalization. Human dignity.

## LISTA DE SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ADC ou ADECON	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AP	Ação Popular
HC	<i>Habeas Corpus</i>
HD	<i>Habeas Data</i>
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2</b>	<b>A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO MODELO DE ESTADO LIBERAL</b> ....	23
<b>3</b>	<b>A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO MODELO DE ESTADO SOCIAL DE DIREITO</b> .....	27
<b>4</b>	<b>O ALCANCE DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS</b> .....	54
4.1	CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS .....	64
4.2	A APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS .....	78
<b>5</b>	<b>OS DIREITOS SOCIAIS E AS PRESTAÇÕES SOCIAIS DO ESTADO</b> .....	82
5.1	NORMAS DE DIREITOS DE SEGUNDA DIMENSÃO .....	85
5.2	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	87
5.3	A APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, A RESERVA DO POSSÍVEL E A DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA.....	92
5.4	O ALCANCE DO ARTIGO 60 § 4º, IV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AOS DIREITOS SOCIAIS.....	96
<b>6</b>	<b>A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, A OMISSÃO ESTATAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS</b> .....	107
6.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	107
6.2	INSTRUMENTOS PARA O CONTROLE DA OMISSÃO ESTATAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS.....	116
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	120
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	125
	<b>OBRAS CONSULTADAS</b> .....	134

## 1 INTRODUÇÃO

As constituições surgidas a partir da segunda metade do século XX têm proclamado Estados democráticos de direito que se constroem, inquestionavelmente, a partir de valores como dignidade da pessoa humana e bem-estar social. Vale fazer o registro, entretanto, de que nem sempre foi assim! Na Europa, até meados do século XX, as constituições eram normas direcionadas basicamente ao Poder Legislativo, cabendo a este a sua interpretação.

A não ser pelos direitos individuais, que tinham por finalidade única limitar a ação do Executivo, as constituições não eram normas jurídicas como as demais, não sendo acessíveis aos indivíduos e aos juízes. Tanto assim que apenas a partir de 1920 introduziu-se, na Europa, a possibilidade de controle judicial de constitucionalidade das leis. Vale mencionar que a Constituição Norte-Americana, em razão de um contexto histórico inteiramente diverso, foi alçada desde o início do século XIX à posição de norma jurídica suprema, no âmbito do ordenamento jurídico.

Mas foi a partir das barbáries praticadas pelo nazismo que as constituições afirmaram a sua normatividade e de forma progressiva ampliaram o seu papel, estruturando o Estado, bem como incorporando, em seus textos, definições valorativas e ideológicas. Passou-se a reconhecer a essas cartas constitucionais o poder de adotar decisões políticas fundamentais e estabelecer prioridades, fins materiais e objetivos públicos – a chamada Constituição Dirigente, como intitulada por Canotilho –, e que têm o efeito, dentre outros, de determinar o comportamento futuro do Estado, independentemente do grupo político que esteja no poder.

Assim, as decisões políticas das entidades de direção política estatal ficaram vinculadas juridicamente, e de forma expressa, às determinações do Poder Constituinte Originário. Sob a forma de princípios, os valores passaram a ser as ideias centrais das cartas constitucionais e dos Estados por elas organizados, independentemente do governo escolhido em cada momento. A Constituição brasileira de 1988 insere-se nesse contexto histórico, ao consagrar, como fundamento da República, o homem e a sua dignidade, o que se verifica quando da análise do artigo 1º, III, assim como de seu Preâmbulo.

Importante mencionar, no entanto, que no transcorrer do século XXI, o caráter dirigente das constituições vem sofrendo amplas críticas, sob o fundamento de que o papel a ela atribuído engessaria as ações políticas do Estado, a despeito de serem essas decisões fundamentais

estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário, voltadas ao máximo alcance da dignidade da pessoa humana.

A Carta Magna de 1988, assim como outras constituições contemporâneas, estabelece, à luz do princípio da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), o objetivo estatal de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades (art. 3º, III), além de programas, diretrizes e prioridades para o poder público, com a aplicação de recursos em saúde, educação, emprego, moradia, assistência, previdência, entre outros. E ao fixar as bases do novo Estado, formula opções políticas por determinados valores, estabelecendo metas de atuação para os poderes públicos recém-constituídos, vinculando-os ao seu cumprimento.

As discussões acerca do limite e do papel atribuído às constituições são atuais e apresentam outros desdobramentos, especialmente, no que se refere ao confronto da exegese constitucional com o espaço atinente às maiorias parlamentares. Essas discussões estão diretamente relacionadas àquelas que envolvem a legitimidade da jurisdição constitucional e sua extensão, particularmente, em face do complexo processo de globalização neoliberal vivenciado na contemporaneidade, que traz, como traço marcante, a ruptura da soberania absoluta estatal, como também a ocorrência de um preocupante retrocesso em matérias pertinentes à proteção e efetivação de direitos fundamentais, que tem levado ao agravamento cada vez maior das desigualdades sociais em países periféricos, como o Brasil.

Pode-se afirmar, certamente, que a norma fundamental e suprema do Estado, por seu caráter dirigente, conduz à ideia de vinculação da política e das entidades de direção política estatal. Para tanto, inclui em seus preceitos jurídicos os fins do Estado, conferindo-lhes juridicidade e, conseqüentemente, judicializando os fenômenos políticos. Não restam dúvidas de que, em um mundo que atravessa acelerado processo de transformação social, tecnológica e institucional, o papel atribuído, constitucionalmente, ao Poder Judiciário tem se tornado de extrema relevância.

A história desse Poder, que pode ser descrita como o de uma instituição inicialmente concebida para proteger os cidadãos do Estado, e depois para garantir a eficácia dos direitos sociais através do Estado, agora se vê diante de um contexto em que esse ente estatal perde importância, em face do acelerado processo de globalização, que tem resultado em retrocessos quanto à conquista e efetivação de direitos fundamentais sociais.

Nesse particular, vale o registro da “crise” pela qual passa o sistema representativo, onde a maioria parlamentar, em regra, não corresponde à vontade popular, uma vez que a representação política não mais se presta como efetivo instrumento de representação dos interesses da sociedade<sup>1</sup>, circunstância que vem fortalecendo a descoberta de novos instrumentos de representação popular.

Ademais, a história e a experiência constitucional vêm demonstrando que os parlamentos têm prestado um desserviço à sociedade<sup>2</sup>, a partir do momento em que elaboram leis que atendem, exclusivamente, aos interesses de grandes empresários, à revelia dos direitos constitucionalmente atribuídos ao povo. É nesse cenário que emerge a necessidade de uma jurisdição constitucional, voltada à proteção dos direitos fundamentais às minorias, ao sistema democrático e a toda a Constituição.

Nesse diapasão, a escolha do tema se deve exatamente ao fato de que, no Brasil, no qual as dificuldades e carências sociais são gritantes, onde existe um número considerável de cidadãos marginalizados e desprovidos de garantias mínimas necessárias à preservação de sua dignidade, onde a população não se encontra madura e civicamente preparada para exigir transformações, não é possível deixar, ao livre arbítrio do Estado, as prestações materiais positivas do Executivo e as providências jurídico-normativas do Legislativo.

Mas, para que se possa compreender o papel da jurisdição constitucional na defesa de uma constituição vigente, sob a égide do Estado Democrático de Direito, bem como dos direitos fundamentais sociais por ela consagrados, direitos estes que exigem certas prestações materiais do Poder Público, torna-se necessário uma análise inicial acerca do conceito de Estado e a sua evolução para um paradigma liberal – posteriormente, paradigma social de direito. Isso se fará mediante uma pré-compreensão da trajetória do Estado, desde o seu nascimento até o período moderno, como também do entendimento do conceito *político* de Estado, que se inaugura em meados dos séculos XVII e XVIII, onde a vida humana era dominada por inúmeros conflitos.

---

<sup>1</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>2</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade, teoria e prática*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

Surge, a partir daí, a necessidade de uma nova forma de organização social que, racionalmente, fosse aceita por todos<sup>3</sup>.

É justamente o contexto do século XVII, manifestado pela ideia de estado de natureza,<sup>4</sup> que o contrato social pretendeu superar, a partir da reunião dos homens e do estabelecimento de um pacto voltado à preservação de suas vidas<sup>5</sup> – até mesmo porque a vida humana fora da sociedade civil traduzia-se numa situação de guerra de todos contra todos<sup>6</sup> –, um pacto de consentimento para reafirmar o conjunto de direitos já delineados no estado de natureza<sup>7</sup>.

Torna-se imperioso, assim, ultrapassar o individualismo presente no estado de natureza, o que levou à própria construção do cenário do contrato social, representado por um poder<sup>8</sup> que não se traduzia em um governo de uma única pessoa, mas, de forma oposta, de todo um corpo político que tinha a igualdade por fundamento.

<sup>3</sup> DUSO, Giuseppe. Do poder natural do poder civil: a época do contrato social. In: (Org). *O poder: história da filosofia política moderna*. Tradução de Andréa Caiacchi, Lissia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis, RJ: Vozes: 2005. p. 112-136.

<sup>4</sup> Para Hobbes, enfrentar o tema da condição civil é perpassar pela própria natureza humana. E estado de natureza, no modelo hobbesiano, representa a condição delineada pela ausência de obrigações e de um poder capaz de sancioná-las. É a condição humana antes de sua submissão ao soberano. Expressa uma situação de insegurança, marcada numa situação de guerra de todos contra todos, onde o homem é o lobo do homem. DUSO, Giuseppe. Do poder natural do poder civil: a época do contrato social. In: (Org). *O poder: história da filosofia política moderna*. Tradução de Andréa Caiacchi, Lissia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis, RJ: Vozes: 2005. p. 124. Já em Rousseau, o estado de natureza é um estado histórico de felicidade, onde a satisfação seria plena e comum, e o estabelecimento da propriedade privada tem papel fundamental. Em Locke, a vida em natureza dos homens se apresentava como uma sociedade em paz relativa, pois nele haveria um certo domínio racional das paixões e interesses. MORAIS, Jose Luiz Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 30-31.

<sup>5</sup> HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 13-18.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 191-192. O autor menciona tese defendida por Kant, para quem a passagem do estado de natureza para o estado civil não admite a eliminação do estado de natureza, mas a sua conservação; pelo contrário, o estado civil é aquele estado que deve de fato possibilitar o exercício dos direitos naturais através da organização da coação, motivo pelo qual não é mais um estado completamente novo, mas deve ser, tanto quanto possível, análogo ao estado de natureza, e inclusive PE tanto mais perfeito quanto mais numerosos são os direitos naturais que consegue salvaguardar.

<sup>8</sup> DUSO, Giuseppe. Do poder natural do poder civil: a época do contrato social. In: (Org). *O poder: história da filosofia política moderna*. Tradução de Andréa Caiacchi, Lissia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis, RJ: Vozes: 2005. p. 116-118. “O Poder em Hobbes se apresenta através do novo conceito de representação política (do qual Rousseau será opositor): um ou alguns que expressem para todos, dando corpo à pessoa pública – a vontade do sujeito coletivo”.

Nessa linha de raciocínio, as teorias contratualistas do estado em Hobbes<sup>9</sup> (*O Leviatã*, 1651), Locke<sup>10</sup> (*Dois Tratados sobre o Governo*) e Rousseau<sup>11</sup> (*Contrato Social*) mostraram-se determinantes na caracterização dessa união política entre os homens (da origem do Estado e de seu fundamento político a partir de um consenso volitivo, no qual os homens aceitam ver suas vontades reduzidas a uma só), o que resultou no nascimento do Estado – expressão criada inicialmente por Maquiavel –, tornando possível a concentração do poder<sup>12</sup> voltado à manutenção da justiça e paz social.

Pode-se observar que a lealdade à figura estatal, nas origens do Estado moderno – erigido como tal a partir do século XVI com a monarquia – culminou na substituição de laços familiares e religiosos por laços idênticos, firmados em relação ao Estado o qual, a partir do exercício de uma autoridade moral, organizou-se, impondo, conseqüentemente, sua supremacia legal. Em decorrência, o exercício do poder coercitivo concentrou-se, resultando em um controle do poder normativo, o que se deu, justamente, a partir da unidade entre Estado e Direito.

Vale mencionar que o Estado Moderno tem o seu nascimento relacionado às deficiências da sociedade política medieval, dada a sua situação de insegurança.<sup>13</sup> Tornando-se fruto de um

<sup>9</sup> HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Apud AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2008. p. 119. Segundo o autor, “[...] ante a tremenda e sangrenta anarquia do estado de natureza, os homens tiveram de abdicar em proveito de um homem ou de uma assembleia os seus direitos ilimitados, fundando, assim, o Estado, o Leviatã, o deus mortal, que os submete à onipotência da tirania que eles próprios criaram”.

<sup>10</sup> LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Apud. AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2008. p. 119. Locke baseia o contrato e, portanto, o Estado, no consentimento de todos que desejavam criar um órgão para fazer justiça e manter a paz.

<sup>11</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Apud. AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 2. ed., São Paulo: Globo, 2008. p.119. O autor entende que o contrato deve ter sido geral, unânime e baseado na igualdade dos homens. Rousseau tenta, ao menos em teoria, fugir ao absolutismo a que fatalmente teria de chegar a sua doutrina, que funda o direito e o Estado exclusivamente na igualdade dos homens, sem admitir nenhum princípio ou norma permanente que limitasse a vontade geral. O problema para ele é: “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual um, unindo-se a todos, não obedeça no entanto senão a si mesmo e permaneça tão livre como antes”.

<sup>12</sup> STRAYER, Joseph R. *As origens medievais do estado moderno*. Tradução de Carlos da Veiga Ferreira. Lisboa: Gradativa, 1998. p.10.

<sup>13</sup> CROSSMAN, R.H.S. *Biografia del estado moderno*. Traducción de J.A. Fernandez de Castro. Ciudad Del Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1992. p. 32-33. Segundo o autor, ao referir-se à situação de insegurança verificável pelo homem medieval: “*El hombre medieval había sido un individuo limitado, de naturaleza lugareña, pero al menos había ideado un sistema de leyes y costumbres que respetaban universalmente los leyes y los sacerdotes, los ricos y los pobres. Como la ley y de leyes y La religión se mantenían por encima de los poderes, se podía confiar en El vecino y apelar a El en caso de ser víctima de algún abuso. Ahora, AL destruirse La supremacia de La iglesia, La seguridad había desaparecido. El italiano del renacimiento tenía que descansar en sus propias armas y argúcias. Si Le fallaban, no había tribunal de apelación. Maquiavelo es lá encarnación de este nuevo espíritu de independência. Él suponía que El hombre estaba dominado por um incentivo principal: La ambición. Siendo como es una criatura libre, una ley em si mesmo, el resto de la humanidad era obstáculo o instrumento de su voluntad*”.



rígido processo de concentração de poder sobre um determinado território através da figura do soberano, abandonou o seu caráter patrimonial, passando a identificar as figuras do Estado e do monarca em termos de soberania estatal.

Sob o argumento de que não poderia sofrer qualquer limitação à sua autoridade, seja pela Igreja ou por outro Estado, Maquiavel, referindo-se ao Estado, criou a primeira teoria relacionada ao Estado-Nação, o que significa, nas palavras de Crossman<sup>14</sup> “que ningún poder espiritual podía constituirse en rival del Estado; la aparición de esa teoría destruyó para siempre el viejo orden mundial”.

Assim, o Estado na modernidade tem por característica a concentração do poder nas mãos do soberano, que canaliza tanto o poder quanto a criação jurídica dentro de um território, sujeitando a todos os demais indivíduos. Nesse paradigma estatal, cabe ao monarca exercer a sua autoridade absoluta de forma a organizar a vida em sociedade, o que não ocorreu no feudalismo.

Para tanto, o monarca, ao reunir as funções legislativa, executiva e judiciária, institucionalizou o poder, que até então era exercido de forma ilimitada pelo rei (a exemplo a célebre frase de Luiz XIV: *L'État c'est moi* – O Estado sou eu –, teoria justificada em origem divina, na qual o rei seria o representante de Deus na Terra), correspondente à roupagem de um Estado absolutista, primeira versão do Estado Moderno.

É por isso que na procura de sustentação do elemento território<sup>15</sup> – um dos elementos da teoria do Estado Moderno –, o modelo absolutista traduzia-se na apropriação do rei sobre o Estado, onde o monarca exercia o poder de forma independente, autônoma e sem controle. O homem, que até então era propriedade do senhor feudal, no Estado Absolutista transforma-se em súdito do rei, devendo-lhe obediência.

---

<sup>14</sup> CROSSMAN, R.H.S. *Biografía Del estado moderno*. Traducción de J.A. Fernandez de Castro. Ciudad Del Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1992. p. 39.

<sup>15</sup> AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 2. ed., São Paulo: Globo, 2008. p. 64. Elemento essencial à existência do estado é o território, a base física, a porção do globo por ele ocupada, que serve de limite à sua jurisdição e lhe oferece recursos materiais. O território é o *país* propriamente dito e, portanto, *país* não se confunde com povo nem com nação, e não é sinônimo de Estado, do qual constitui apenas um elemento.

Em decorrência, incontáveis abusos contra as pessoas eram cometidos. As leis feitas pelos reis de acordo com a sua exclusiva vontade não eram obrigatórias para todos: havia classes, como a nobreza, dispensadas de cumpri-las; os impostos arbitrários recaíam somente sobre a burguesia e a plebe. Ninguém podia adotar uma religião que julgasse verdadeira, e sim a que o rei impusesse. Os crimes não eram claramente definidos, e a tortura era o meio usual de obter a confissão do acusado. A vida, a honra, a liberdade e os bens do indivíduo estavam absolutamente à mercê do capricho de reis, não raro cruéis, corruptos ou loucos.

Todavia, ante as reivindicações por autonomia política e respeito às liberdades individuais, cai por terra o modelo absolutista, tendo sua derrocada ocorrido na Revolução Francesa de 1789<sup>16</sup>, à qual se aliaram a Inglesa<sup>17</sup> e a Americana<sup>18</sup>, daí surgindo a segunda versão do Estado Moderno: o Liberal. No contexto do século XVIII, é a classe burguesa, detentora do poder econômico no Estado Absolutista, quem reivindica o poder político.

Resguardando os direitos de liberdade, o modelo liberal encontra na teoria da Separação dos Poderes o método fulcral de sua constituição, estruturando a salvaguarda das liberdades na fragmentação da soberania numa pluralidade de poderes, o que somente foi possível a partir do

---

<sup>16</sup> AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 2. ed., São Paulo: Globo, 2008. p.188-189. A declaração dos direitos individuais veio pôr fim a essa situação, manchada havia séculos pelos crimes mais horríveis, condenada pelo Cristianismo, pela Razão e pela Moral. A definição de liberdade, dada pela Declaração de 1789, é muito clara “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique a outrem”. Assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites somente a lei poderá determinar. “A lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é proibido por lei não pode ser impedido, e ninguém seria obrigado a fazer aquilo que a lei não determinar.”

<sup>17</sup> AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 2.ed., São Paulo: Globo, 2008, p 186. Foi na Inglaterra que a liberdade política e a igualdade civil se manifestaram, no mundo moderno, como condições indispensáveis à vida social. Podem ser citados, a título de exemplo, a Magna Carta (*Magna Charta Libertatum*), cujos 63 parágrafos contêm as garantias que os nobres e os prelados exigiam, as limitações à autoridade real. Outros documentos vieram posteriormente completá-la, como o *Bill of Rights*, no século XVII, e o *Ato de Estabelecimento*, em 1701. E assim sucessivamente o Parlamento limita a autoridade do rei e cria a liberdade dos cidadãos. [...] No século XVIII, os ingleses se insurgem contra o despotismo dos reis, e procuram assegurar ao indivíduo as liberdades essenciais para uma vida digna. A luta seria longa e tenaz, mas a Inglaterra faria jus à glória de ter sido a pátria dos direitos do homem.

<sup>18</sup> AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 2.ed., São Paulo: Globo, 2008. p.188. Os Estados Unidos, colônia povoada pelos dissidentes religiosos que saíram da Inglaterra no navio *May Flower* para fugir às perseguições, foi o Estado moderno onde os direitos individuais tiveram a sua consagração completa. A Constituição de Rhode Island, em 1663, proclama o princípio da liberdade religiosa, que nem a Inglaterra quisera reconhecer ainda. As demais colônias seguem o exemplo e aumentam a lista de direitos individuais. Promulgada em 1787, a Constituição dos Estados Unidos não continha uma declaração de direitos, mas, em 1789, era apresentada ao Congresso americano a primeira emenda, com a declaração dos direitos individuais.

contributo de Locke e Montesquieu,<sup>19</sup> em contraposição ao pensamento de Maquiavel, centrado na concentração do exercício do poder.

Bonavides<sup>20</sup> assevera que “Locke, muito menos radical que Montesquieu, engendrou essa divisão apenas como princípio de limitação do poder entre o monarca e a representação popular.” Rumo à modernidade, o movimento liberal surgiu, então, como resposta ao absolutismo, especialmente na eleição de uma assembleia parlamentar que teve, na França, o primeiro palco dessas modificações, substituindo o rei na tarefa de legislar, atribuindo-se à lei a responsabilidade de recriar o sistema jurídico da época.

Nesse particular, o movimento liberal anseia por um Estado mínimo, eficiente e ágil, apostando na liberdade individual como uma de suas pilastras. Vale mencionar que os direitos de liberdade foram os primeiros solenemente reconhecidos, o que se deu através da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, do século XVIII, e das primeiras constituições escritas que despontaram no constitucionalismo<sup>21</sup> ocidental, como resultado do pensamento liberal-burguês da época. São direitos de cunho individualista e afirmam-se como direitos do indivíduo em face do Estado. O reconhecimento desses direitos coincide com o surgimento do constitucionalismo moderno,<sup>22</sup> que reivindica postulados como a separação dos poderes e direitos individuais garantidos por documentos constitucionais que, quando positivados, conferem-lhes os meios necessários para assegurá-los, dotando-lhes de força e proteção.

É o que anota Dirley da Cunha Júnior (2004), para quem<sup>23</sup>

A origem formal do constitucionalismo moderno está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, apresentando dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder

---

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 3. ed. Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas, 1972. p. 9.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3 e ss. “A ideia de Constituição não é um privilégio dos tempos hodiernos. Com efeito, consoante ressaltou LASSALE, sustentando sua concepção sociológica da Constituição, uma ‘Constituição real e efetiva’ a possuíram e a possuirão sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos[...].’ O constitucionalismo apresenta-se como uma teoria formada por um conjunto de ideias, que exalta o princípio do governo limitado como indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.”

<sup>22</sup> CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 47. “O constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.”

<sup>23</sup> CUNHA JUNIOR, op. cit., p. 7.

estatal, por meio da previsão de Direitos e Garantias Fundamentais. Já no constitucionalismo moderno, a noção de Constituição envolve uma força capaz de limitar e vincular todos os órgãos do poder político. Por isso mesmo, ela é concebida como um documento escrito e rígido, manifestando-se como uma norma suprema e fundamental, porque hierarquicamente superior a todas as outras, das quais constitui o fundamento de validade que só pode ser alterado por procedimentos especiais e solenes previstos nela mesma. Como decorrência disso, institui um sistema de responsabilização jurídico-político do poder que a desrespeitar, inclusive por meio do controle de constitucionalidade dos atos do Parlamento. Enfim o constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada *constituição moderna*, entendida como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.

Assim, importa dizer que o constitucionalismo se traduz em um movimento político e jurídico que objetiva estabelecer regimes constitucionais, ou seja, governos moderados e limitados em seus poderes, submetidos a constituições escritas. Nesse ponto, a constituição, até então compreendida como um simples manifesto político, transforma-se em norma jurídica fundamental e suprema, elaborada para exercer dupla função, a saber: garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro<sup>24</sup>.

Nesse paradigma estatal, os direitos fundamentais de primeira dimensão, positivados nas constituições, correspondem às chamadas liberdades públicas dos franceses e compreendem: os direitos civis – direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade de todos perante a lei – e constituem, destarte, verdadeiros obstáculos à interferência estatal por prescreverem o afastamento do Estado da esfera individual dos indivíduos. São denominados “direitos negativos” ou “liberdades negativas”, sendo reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica e direcionados a todos os indivíduos, indistintamente. Em decorrência disso, nega-se ao Estado qualquer ingestão abusiva nas relações individuais e sociais, ficando o poder público reduzido tão somente a guardião das liberdades.

Desta forma, e fundado em *limites*, garante-se que o Estado, em sua versão liberal, não poderá afrontar as liberdades individuais do povo.<sup>25</sup> Se no Estado Absolutista a vontade do

<sup>24</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição dirigente e vinculação do legislado*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 151.

<sup>25</sup> JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Trad. Fernando de los Ríos, Buenos Aires: Albatros, 1981. p.306 e ss. De grande contribuição para a teoria geral dos direitos fundamentais é a teoria dos quatro *status* de Jellinek, segundo a qual todo indivíduo, além de sua esfera privada de atuação, pode fazer parte de uma esfera pública, enquanto membro da comunidade política, dependendo apenas do reconhecimento estatal. Enquanto membro dessa comunidade, vincula-se ao Estado, adquirindo daí personalidade e relacionando-se com este por quatro espécies de situações jurídicas (*status*), seja como sujeito de deveres, seja como titular de direitos. As possíveis relações nas quais pode encontrar-se com o Estado colocam o indivíduo numa série de condições juridicamente relevantes, daí resultando os quatro *status*: *status subjectiones* ou *status* passivo; *status negativus* ou *status libertatis*; *status civitatis* ou *status* positivo e *status activus*. Pelo *status negativus* ou *status libertatis*, ao indivíduo é reconhecido, por ser dotado de personalidade, uma esfera individual de liberdade imune à

monarca ultrapassava os interesses da população, no modelo liberal, o objetivo não seria diferente. Tratava-se, a bem da verdade, de uma modalidade estatal preocupada em limitar a emanção do poder, fazendo-o através de uma política de “obediência a certas normas jurídicas, cuja finalidade é impor limites ao poder e permitir, em consequência, o controle desse poder pelos seus destinatários.”<sup>26</sup>

Há no Estado Liberal, portanto, uma exigência constitucional de que a atuação estatal seja adstrita aos ditames legais, razão pela qual o ordenamento jurídico demonstra ser a lei um limitador da vontade do governante e, ao mesmo tempo, um garantidor do conjunto de direitos e garantias individuais fundamentais, os quais não podem ser extrapolados, nem mesmo pelo Estado, o que encontra guarida na teoria da Separação dos Poderes.

É nesse contexto que o Estado-Gerente,<sup>27</sup> de cunho liberal, irá conceber um quadro que designa, ao mesmo tempo, o poder soberano, encarregado de representar a coletividade, bem como uma esfera jurídico-administrativa que define suas próprias regras, organizando as formas da existência social e uma instância governamental, que toma as decisões sobre os negócios do Estado.

Nesse paradigma, o Estado não é proprietário do poder, mas o exerce, de fato e de direito, sendo responsável pelo bem-estar da sociedade. Inspirado no liberalismo político,<sup>28</sup> considera que a atividade política governamental se aplica a uma realidade dada, já constituída, mas que precisa ser instituída e garantida. O Estado, por outro lado, possui uma face humanista, no sentido de reconhecer uma essência comum a todos os homens, de onde decorrem os direitos fundamentais. Nessa perspectiva, o Estado-Gerente “aproveita o legado do cristianismo, das

---

intervenção estatal. Assim, o indivíduo goza de um poder juridicamente delimitado no qual o Estado não pode interferir salvo para garantir o exercício do próprio direito. Cuida-se de liberdades asseguradas em face do Estado, comportando uma situação negativa ou de garantia frente à intromissão do Estado em determinadas matérias.

<sup>26</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992. p.35.

<sup>27</sup> CHÂTELET, François; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *As concepções políticas do século XX: história do pensamento político*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro, Zahar, 1983. p.16. A expressão “Estado-Gerente” foi cunhada pelos referidos autores para quem o traço que destaca tal figura estatal “é a concepção da potência soberana como garante da coletividade territorial da qual ela é a potência”, limitada pelo ordenamento jurídico-estatal.

<sup>28</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 488 e ss. O Estado liberal caracterizava-se por uma ação exclusivamente política. Alheio e indiferente à vida econômica e social. O Estado, na sua versão mínima, preocupava-se apenas com a vida política, dispensando ao seu elemento humano, tão só, um tratamento de proteção das liberdades individuais. No campo social e econômico, todavia, o Estado era passivo, contemplativo, não se envolvendo, destarte, nas relações travadas por seus integrantes. Esse Estado do *laissez faire et laissez passer* vigorou nos séculos XVIII e XIX.

escolas do direito natural, da ideologia iluminista que colocaram o homem como valor supremo e fim em si mesmo.<sup>29</sup>”

Ao caráter humanista, alia-se ao Estado-Gerente o valor oriundo das premissas do pluralismo político, permitindo que cada governo se empenhe no sentido de perpetuar a sua gerência e se consolide como um bom representante da coletividade. A liberdade política torna-se inseparável das concepções liberais<sup>30</sup>, o que se justifica ante ao fato de que,

[...] o liberalismo é uma concepção relativa aos objetivos e à limitação do poder. A lógica do liberalismo conduz à democracia por meio do princípio da igualdade diante da lei. Mas a democracia exige, para ser real, o respeito às liberdades pessoais, à liberdade de expressão e de discussão, à liberdade de associação e de reunião. A eleição nada significa se não implica a possibilidade de escolha.

Finalmente a esse modelo de Estado, soma-se um caráter reformista, que se justifica mediante a sua intervenção na sociedade civil. Em nome dos pilares *liberdade* e *segurança*, o ente estatal tem o dever de garantir aos cidadãos proteção em face dos riscos oriundos das desigualdades econômicas porventura existentes. Conseqüentemente, o Estado-Gerente tem a missão de garantir a liberdade, como princípio imprescritível.

Pode-se verificar que a concepção liberal de Estado caracteriza-se por apresentar duas vertentes, a saber: de um lado, faz-se presente o individualismo filosófico e político do século XVIII e da Revolução Francesa, tendo por objetivos essenciais a proteção de direitos individuais contra os abusos da autoridade estatal; do outro lado, apresenta-se o liberalismo econômico de Adam Smith,<sup>31</sup> o qual considera ser o Estado impróprio para exercer funções de ordem econômica<sup>32</sup>.

Não se pode negar, todavia, que foi sob a égide do Estado Liberal que a civilização moderna alcançou grandes conquistas e evoluiu. Graças às leis de mercado, alcançou-se a

<sup>29</sup> CHÂTELET, François; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *As concepções políticas do século XX: história do pensamento político*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro: Zahar, 1983. p. 83.

<sup>30</sup> CHÂTELET, François; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *As concepções políticas do século XX: história do pensamento político*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro, Zahar, 1983.

<sup>31</sup> BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 7º v. p. 3-4. “Smith considerado a maior expressão do liberalismo econômico, já manifestava, em 1776, qual a sua visão dos fins fundamentais do Estado: a) o dever de proteger a sociedade da violência e da invasão; b) o dever de proteger cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer outro membro; c) o dever de erigir e de manter certas obras políticas e certas instituições públicas quando não fossem do interesse de qualquer indivíduo ou de um pequeno número deles.”

<sup>32</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 489 e ss invoca o entendimento de Alexandre Parodi, na obra *La vie publique et le vie économique*. Paris: Encyclopédie Française, 1935.

revolução tecnológica e o conseqüente aumento, sem precedentes, da quantidade de bens produzidos, o que fortaleceu a economia. A esse modelo de Estado deve-se, também, a ideia e a noção de Estado de Direito, na sua mais larga significação de uma organização política, cujos elementos estruturais são os direitos e garantias fundamentais, a separação dos poderes, a subordinação do poder à lei, dentre outros<sup>33</sup>.

A partir do acima exposto, e tendo em vista a ordem jurídica em vigor, o presente estudo foi concebido para responder às seguintes perguntas: o que se entende por direitos sociais? São os direitos sociais constantes da Constituição de 1988 normas programáticas? Se afirmativa a resposta, são estas normas imediatamente aplicáveis? As normas programáticas atributivas de direitos sociais vinculam todos os órgãos do Poder Público? Os direitos sociais inseridos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, em face do artigo 5º § 1º, embora vagos e indeterminados, têm aplicabilidade imediata? Nesse caso, pode o Poder Judiciário determinar o alcance *in concreto* desses preceitos normativos?

A atuação da justiça constitucional pode ser considerada uma condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito? Em caso negativo, haveria violação do Princípio da Separação dos Poderes? O agravamento das desigualdades sociais, no Brasil, especialmente em face das omissões dos poderes públicos, é um problema passível de solução? Encontra-se o Direito apto a resolvê-lo? É possível um efetivo controle judicial dessas omissões, através do suprimento das lacunas que inviabilizam o exercício dos direitos fundamentais sociais?

O Poder Judiciário pode exercer o controle de políticas públicas, mesmo em não sendo os juízes eleitos? É possível que juízes determinem a realização de políticas públicas que se revelem necessárias à efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana, ou anular políticas públicas contrárias a estes direitos? A atuação judicial, no sentido de suprir omissões dos órgãos de direção política estatal, fere a Separação dos Poderes? As respostas a essas perguntas exigiram que o estudo fosse dividido em sete capítulos, contando-se a Introdução e a Conclusão, nos quais serão discutidos os seguintes temas:

No segundo capítulo, tratar-se-á da jurisdição constitucional, suas características e atribuições sob a égide de um Estado Liberal, onde o intérprete-aplicador converte-se em mero técnico do direito positivo. O terceiro capítulo irá tratar da jurisdição constitucional no modelo

---

<sup>33</sup> BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico e bem-estar social*. São Paulo: Saraiva, 1982. p.20.

de Estado Social, suas características e peculiaridades. É nesse período que as constituições democráticas se propõem a construir Estados democráticos de direito, tendo por objetivo a proteção da pessoa humana, bem como da dignidade a ela inerente.

No quarto capítulo, abordar-se-á o alcance da máxima efetividade das normas constitucionais, e também a aplicabilidade imediata dessas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, à luz do artigo 5º, §1º, da Carta Constitucional de 1988. O quinto capítulo aborda os direitos sociais na Constituição de 1988, enquanto direitos fundamentais a prestações e que, conseqüentemente, obrigam o agir dos órgãos de direção política estatal, assim como o alcance do artigo 60, § 4º, IV da Carta de 1988 aos referidos direitos. Há que se tratar, ainda neste capítulo, sobre reserva do possível e disponibilidade orçamentária.

No sexto capítulo, serão apresentados os fundamentos que justificam e legitimam a atuação da jurisdição constitucional no controle das omissões estatais, omissões estas que impedem a efetivação de direitos sociais à luz do quanto estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Por fim, o sétimo capítulo destina-se às conclusões acerca do objeto proposto neste trabalho, qual seja, o papel da jurisdição constitucional como instrumento de garantia da efetividade dos direitos sociais prestacionais constantes na Carta Constitucional de 1988, essenciais ao alcance da dignidade da pessoa humana.



## 2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO MODELO DE ESTADO LIBERAL

No Estado de modalidade liberal, o Direito apareceu como um agente limitador do poder governamental, sendo um instrumento de importância cabal para que o próprio Estado implementasse seus propósitos. Tal circunstância remete ao surgimento do próprio Estado de Direito – diante da onipotência do legislador –, que tem seu nascimento estritamente vinculado aos ideais do liberalismo.

Cabe reafirmar que o Estado de Direito, onde a soberania estatal é submissa à lei, tem em sua constituição central a divisão dos poderes como técnica de limitação do poder e a preocupação com a garantia dos direitos individuais. Para Bonavides,<sup>34</sup> a relação entre ambas é flagrante, porquanto a teoria da divisão dos poderes serve como espécie de escudo aos direitos da liberdade. É justamente em razão do fato de que ao governo do Estado-Gerente somente é permitido atuar nos limites do ordenamento jurídico, que nessa modalidade estatal aflorou o movimento das codificações, campo vasto para a Constituição e o fortalecimento de um positivismo jurídico organizado através de uma visão cientificista do Direito. Assim, o Estado de feição liberal é direcionado à atividade legislativa através da positivação dos direitos e garantias individuais, numa tentativa de superação do jusnaturalismo.

No afã de evitar o cometimento de quaisquer abusos por parte do Estado para com os indivíduos, resta ao Poder Judiciário, no Estado Liberal, a função única de dizer o direito à luz dos ditames outrora fixados e delineados pelo poder Legislativo. À atividade jurisdicional, cabe a fiscalização do cumprimento das determinações legais, tanto as da administração do Estado como as dos próprios cidadãos, primando, em relação a estes últimos, pela solução de conflitos interindividuais.

Isso leva à constatação de que a atividade jurisdicional no Estado Liberal se mostra eminentemente reprodutiva dos textos legislativos. Nesse espectro, a função jurisdicional permanece, como alerta Capelletti<sup>35</sup>, confinada dentro dos limites das funções tradicionais de proteção aos direitos individuais, bem como de repressão em havendo violação à lei. Para o processualista, então,

---

<sup>34</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972. p. 47.

<sup>35</sup> CAPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução e notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 92.

[...] seu alcance não irá além daquilo que poderia, essencialmente, ser considerado como “*conflitos privados*”, sejam estes de ordem civil ou penal, porquanto não se comprometeriam com as contribuições mais novas e invasoras, costumeiramente discricionárias e de “promoção social”, dos outros ramos do governo.

E José Eduardo Faria<sup>36</sup> assevera que:

“Como simples administração da lei por uma instituição tida como “neutra”, “imparcial” e “objetiva”, ficando o intérprete-aplicador, convertido num mero técnico do direito positivo. Como o que importa não é a explicação, a compreensão e a orientação dos comportamentos jurídicos, e sim a tipificação e sistematização de situações normativas hipotéticas, ao agir de modo técnico, isto é, sem preferências valorativas e imune às paixões políticas, o Juiz não se limita a atuar tendo em vista apenas a consecução das garantias formais, da certeza jurídica e do império da lei, postulados fundamentais do modelo-paradigma liberal burguês do Estado de Direito: ele também desempenha o papel profissional “competente” na integração dos atores considerados “disfuncionais” da vida social. Sua neutralidade e sua imparcialidade, conjugadas com uma hermenêutica que o obriga a interpretações restritivas e objetivas dos códigos, convertem-se em condição básica para a legitimação de uma concepção específica de ordem e segurança. Trata-se, pois, de uma concepção passiva de instituição Judicial”.

François Ost<sup>37</sup>, no texto intitulado *Júpiter, Hércules e Hermes: três modelos de Juiz*, afirma que o modelo jurisdicional que se enquadra na concepção de Estado-Gerente Liberal é o de roupagem *jupteriana*. Nesse particular, mostra-se nítida, segundo o autor, a filiação intelectual do juiz ao método da subsunção e que se apoia, de tal maneira, na atividade legislativa, que acaba fazendo jus à alcunha “boca-da-lei,”<sup>38</sup> ignorando a diferença entre texto e norma e a parametricidade formal e material da Constituição. Diante disso, o Direito, enquanto sistema de regras, leva-o ao apego exacerbado aos textos legais, crendo que as regras preveem todas as hipóteses aplicativas, desprezando, conseqüentemente, o processo interpretativo.

<sup>36</sup> FARIA, José Eduardo. *O poder judiciário no Brasil: paradóxicos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho Nacional da Justiça Federal, 1995. p.29-30.

<sup>37</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: três modelos de juiz*. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 14, 1993. p. 170.

<sup>38</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 321. “Montesquieu preocupava-se mais com os Poderes Legislativo e Executivo, únicos para ele “visíveis”, sobretudo com o exercício da função legislativa, cuidando de propor um mecanismo de “freios recíprocos” (*checks and controls, checks and balances*), que instaurasse o equilíbrio institucional do sistema que projeta, visando um verdadeiro equilíbrio de poderes, de modo que o critério adotado não era o da separação absoluta, mas tão-somente uma separação relativa. [...] Ao Poder Judiciário não suscitava maiores ameaças à estabilidade do sistema, devido ao seu papel invisível e inanimado de ser tão somente a boca que pronunciava as palavras da lei. À vista de seu pensamento, percebe-se que ele esquematizava os três Poderes em torno da ideia de lei: o Legislativo faz a lei (daí dispensar maior importância a esse Poder), o Executivo a executa e o Judiciário a aplica contenciosamente”.

Tal perfil jurisdicional tem, em sua base de atuação, um modelo de Direito constituído através dos códigos estruturados, como bem lembra François Ost<sup>39</sup>, a partir da formação piramidal de modelo kelsiano,<sup>40</sup> onde cada norma deve ser analisada a partir de sua relação com a norma superior, qual seja, a norma hipotética fundamental. O jusfilósofo demonstra, a partir de sua teoria do escalonamento da ordem jurídica, que o Direito é um sistema hierarquizado de normas jurídicas. E que essas normas se apresentam de forma escalonada em diferentes degraus, encontrando-se a Constituição – considerada o fundamento supremo de validade de todas as demais normas jurídicas – no ápice dessa pirâmide normativa.

Na ordem jurídica nacional, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado.<sup>41</sup> Portanto, em face de sua supremacia, a ordem jurídica deve estar em consonância com a Constituição e jamais deve transgredi-la: “*Si La ruptura de esse ligamen de subordinación se produce, la vilación implica uma anti-constitucionalidad o inconstitucionalidad.*”<sup>42</sup>.

Essa superioridade atribuída à Constituição, segundo Canotilho,<sup>43</sup> implica que: a) as normas constitucionais constituem uma *Lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprímazia normativa*); b) as normas da Constituição são *normas de normas* (*normae normarum*), afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas; c) a superioridade normativa das normas constitucionais gera o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição<sup>44</sup>.

Em decorrência, todas as situações jurídicas devem estar em conformidade com os princípios e regras que a Constituição adota, vinculando, conseqüentemente, todos os órgãos do Poder Público, quais sejam, Legislativo, Executivo e Judiciário, que se obrigam a satisfazer as diretrizes e tarefas impostas pela Carta Maior.

---

<sup>39</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: três modelos de juez*. Doxa, Cuadernos de filosofia del derecho, Alicante, n. 14, 1993. p.173.

<sup>40</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.247.

<sup>41</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 325.

<sup>42</sup> CAMPOS, German J. Bidart. *La interpretación y el control constitucionales em La jurisdicción constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987. p. 37-38.

<sup>43</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p.826.

<sup>44</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p.1074.

Resta, por fim, mencionar que as constituições liberais prescreviam um Estado mínimo, com poderes e funções limitadas, assim considerado por sua política de retração ante as relações socioeconômicas. Um Estado absentéista que tinha por dever apenas garantir as liberdades individuais, a propriedade e a segurança, daí a filiação intelectual do juiz ao método da subsunção, e que acaba fazendo jus à alcunha “boca-da-lei,” por ignorar a diferença entre texto e norma, bem como a parametricidade formal e material da Constituição, conforme anteriormente mencionado.

### 3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO MODELO DE ESTADO SOCIAL DE DIREITO

Foi ainda no século XIX que o modelo absenteísta de Estado começou a ruir. No transcorrer deste século, importantes transformações econômicas e sociais começaram a alterar, em demasia, o quadro em que se inseria essa corrente dominante do pensamento liberal. Com a Revolução Industrial, surgem imensas fábricas que levaram a um grande êxodo rural e, conseqüentemente, à formação de grandes conglomerados urbanos, que culminaram em mudanças na vida social e política dos Estados.

Em face das novas e prementes necessidades sociais advindas dos conflitos surgidos a partir desses conglomerados urbanos, o Estado viu-se obrigado a, gradativamente, abarcar um maior número de atribuições, intervindo, assiduamente, nas esferas econômica e social de modo a compor conflitos de interesses de grupos e de indivíduos, no intuito de garantir a paz e a manutenção da ordem. Mas é somente no século XX que o Estado Liberal perde realmente o seu primado.

Assim, e de forma gradual, inúmeras transformações nas esferas política e econômica foram implementadas, consolidando-se a partir da Primeira Guerra Mundial. Os partidos socialistas e cristãos, por exemplo, preocupados com questões de relevância econômica e social, atuaram de forma incisiva para que direitos atinentes às referidas matérias fossem inseridos nas novas Cartas Políticas, o que de fato se deu! Mas mesmo antes da Primeira Guerra, já existiam movimentos antiliberais que exigiam a conformação da ordem social do Estado,<sup>45</sup> medida realmente necessária para corrigir os desequilíbrios verificados pela ausência de lucros, preços, e renda justa, bem como a concentração do capital nas mãos de uns poucos grupos empresariais que se formavam, aproveitando-se da ausência de instrumentos de controle e fiscalização por parte do ente estatal.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, os Estados mudam a sua configuração, caracterizando-se por um perfil essencialmente intervencionista, assumindo, para tanto, múltiplas funções. Trata-se de um Estado Social ou Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*) ou Estado Providência, prestador de serviços, que exige a presença dos poderes públicos no domínio das relações sociais e econômicas. Surgem os direitos de crédito!

---

<sup>45</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 325

O homem, portanto, passa a depender do Estado, e dele exige prestações<sup>46</sup> de ordem econômica, social e cultural, assim entendidas aquelas que são exercidas e realizadas por meio do Estado, ou seja, que o indivíduo realiza através do Estado para poder gozar de alguma prestação, que só os órgãos estatais podem oferecer, tais como saúde, educação, trabalho, cultura, entre outras. A partir daí o Estado, além de garantir as liberdades públicas, transforma-se em devedor social, responsabilizando-se pela implementação de medidas que atendam às demandas da sociedade. Canotilho<sup>47</sup> afirma que:

[...] a força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjectivo: de uma pretensão de omissão dos poderes públicos (direito de exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para a uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos).

Importante mencionar, ainda, o quanto o Estado Social é asseverado por Flávia Piovesan<sup>48</sup>, para quem:

Enquanto a Constituição do Estado Liberal é Constituição antigoverno e antiestado, a Constituição do Estado Social instaura uma sociedade reconciliada com o Estado, que exige a sua intervenção em domínios fundamentais. Nessa medida, “a Constituição Social não se apresenta como instrumento jurídico de conformação do *status quo*, mas surge como um instrumento de direção e transformação social, como instrumento de implementação de políticas públicas.

Presencia-se, então, a passagem do Estado Liberal para um Estado de conformação Social e, conseqüentemente, a metamorfose da constituição que, de garantista, defensiva ou liberal, transforma-se em Constituição Social, Dirigente, Programática ou Constitutiva<sup>49</sup>. Esse Estado, também denominado Estado do Bem-Estar Social, adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a inserir, em seus textos, um imenso catálogo de direitos sociais, o que teve início com a Constituição Mexicana de 1917.

<sup>46</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2015. p.35. “os direitos a prestações ou direitos de crédito, impõem uma atuação positiva do Estado. Essa atuação estatal, exercida por esses direitos fundamentais, pode referir-se a uma prestação jurídica ou a uma prestação material, conforme o objeto da pretensão seja uma atuação normativa do Estado ou uma utilidade concreta (bens ou serviços) a ser proporcionado por ele. [...] Se a prestação material já tiver sido concretizada pelo Estado, surgem os direitos derivados a prestações, que consistem no direito subjectivo de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelo Estado. Ex: igual acesso às instituições de ensino, aos serviços de saúde e de igual participação nas prestações fornecidas por estes serviços”.

<sup>47</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p. 365.

<sup>48</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 365.

<sup>49</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade, teoria e prática*. 8ª.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p.24.

As constituições democráticas surgidas a partir da segunda metade do século XX propuseram-se a construir, vale dizer, Estados democráticos de direito, tendo por objetivo a proteção da pessoa humana, como também da dignidade a ela inerente. Em decorrência, passaram a regular o próprio fenômeno político, estabelecendo as prioridades do Estado e vinculando os programas estatais à consolidação do bem-estar social. Ou seja, foram introduzidas, nos textos das constituições, cláusulas juridicamente obrigatórias, oponíveis ao Estado, vinculando, de forma expressa, a decisão política do constituinte por determinados valores fundamentais, orientadores da organização política e, em maior ou menor extensão, por certos limites, formas e objetivos dirigidos à atuação política do novo Estado, com a finalidade de promover a realização desses valores. A política passou, assim, a estar vinculada a tais disposições constitucionais, como já antes estivera pelos direitos de liberdade e pela separação dos poderes.

Sob a forma de princípios, os valores traduziram-se em ideias centrais das cartas constitucionais e dos Estados por elas organizados, independentemente do governo escolhido em cada momento. Parte dos temas materialmente constitucionais decorre da migração de antigos pressupostos axiológicos para o texto positivo, com a releitura que os novos tempos impõem, e isso por razões históricas das quais, definitivamente, não há do que se orgulhar, mas que, por isso mesmo, não devem ser desprezados.

É que neste período trágico da história da humanidade, o homem foi sacrificado brutalmente nos altares do Estado-nação, do Estado-partido, da ideologia da segurança nacional<sup>50</sup>. As constituições, à época, foram ignoradas ou manipuladas em seu aspecto estritamente positivo-formal. O Estado nazista alemão, embora não tenha sido a última dessas experiências, foi certamente a mais chocante, tanto por estampar a barbárie de forma inacreditável, como por sua constrangedora convivência formal com a Constituição de Weimar de 1919. Desse modo, o fim da Segunda Guerra Mundial apresentou à humanidade um prato de difícil digestão: a banalidade e a proximidade do mal<sup>51</sup>, cuja ingestão produziu efeitos variados nas diferentes áreas do conhecimento humano.

Na seara do direito constitucional, esses eventos bárbaros representaram o ápice do processo de superação do positivismo jurídico, que havia se tornado dominante nas primeiras

---

<sup>50</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p.28.

<sup>51</sup> ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p.20.

décadas do século, e o retorno à ideia de valores<sup>52</sup>, como já mencionado. Dessa forma, ocorre a superação de uma ideia de Estado enquanto fim em si próprio, que o Brasil em alguma medida também vivenciou nos dois períodos ditatoriais do século XX, substituindo-a, definitivamente, por uma visão humanista de mundo.

O Estado e todo o seu aparato, portanto, são meios para o bem-estar do homem e não fim em si mesmo. Este é o valor fundamental escolhido pelo Poder Constituinte Originário, o centro do sistema, a decisão política básica do Estado. E o bem-estar do homem se realiza através do Estado, que está juridicamente vinculado à promoção de políticas públicas que garantam dignidade<sup>53</sup> a todos, especialmente, às camadas mais carentes da população.

Neste ponto, faz-se importante uma breve pausa para que se possa estudar e compreender o neoconstitucionalismo, fenômeno responsável pelo ressurgimento do direito constitucional com base em novas premissas, como o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e a força normativa da Constituição, objetivando a transformação de um Estado legal em um Estado constitucional. O neoconstitucionalismo pressupõe, dessa forma, o reconhecimento de uma teoria da constituição substancialista, ancorada numa prévia ontologia cultural. É o que leciona Ricardo Maurício Freire Soares<sup>54</sup> para quem,

[...] até metade do século XX, não existia uma autentica Teoria da Constituição em face das seguintes razões: os tratados e manuais de direito constitucional consideravam abstrato o tema; o positivismo jurídico era refratário a enfoques extranormativos ou metajurídicos; as incursões teóricas de natureza histórico-social não eram consideradas aceitáveis, tal como se verifica na corrente formalista e axiologicamente neutra da Teoria Pura do Direito, formada por Kelsen e seus seguidores; a vertente neokantiana de que o método constrói o objeto, presente no pensamento de Kelsen, inviabiliza a correlação entre método e realidade, indispensável ao realismo próprio de uma Teoria da Constituição como ciência cultural.

Inicialmente, cabe mencionar que a expressão “constitucionalização” se traduz no advento de uma constituição escrita e suprema, dotada de força normativa com posição hierárquica superior em face das demais normas do ordenamento jurídico, incorporando em seu

<sup>52</sup> NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 3 e seq.

<sup>53</sup> A centralidade da dignidade da pessoa humana no sistema constitucional tem sido destacada pela jurisprudência nos mais diferentes ambientes; STF, DJU, 22.09.2006, HC89. 176| PR, Rel. Min. Gilmar Mendes “[...] o direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana”; STF, DJU, 17.09.2003, HC 84.424|RS, Rel. Min. Maurício Correa: “[...] as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º §2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica”.

<sup>54</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. 3. ed., ver., ampl., e atual. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 239.



texto uma gama de temas atinentes, ordinariamente, à legislação infraconstitucional. Nesse contexto, pode-se dizer que todos os ramos do direito devem ser interpretados à luz da Constituição, resultando no fenômeno denominado “filtragem constitucional”, ou seja, que todo o sistema jurídico deve ser lido e compreendido a partir do quanto estabelecido pela Constituição, cujos valores devem, por conseguinte, ser sempre observados e efetivados. A Constituição, pelo caráter normativo de seu texto, vincula e obriga o agir estatal sempre no sentido de promover a justiça social.

Com o Estado constitucional de direito, que se consolida a partir do término da Segunda Guerra Mundial, inúmeras transformações ocasionadas por esse fenômeno costumam ser apontadas em marcos fundamentais que definem a trajetória do direito constitucional, a saber: o histórico, o filosófico e o teórico. Pode-se apontar, como marco histórico do novo direito constitucional, o constitucionalismo pós-Segunda Guerra, sobretudo na Alemanha e na Itália.

A reestruturação jurídico-política da Europa e sua consequente reconstitucionalização, no decorrer da segunda metade do século XX, reaproximou as ideias de constitucionalismo e democracia, o que resultou no surgimento de Estados democráticos de direito. Cita-se, como exemplo, a Constituição Alemã, de 1949, a qual, somada à instalação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1951, desencadeou riquíssima produção teórica e jurisprudencial, responsável pela supervalorização do texto constitucional. É o que leciona Luís Roberto Barroso<sup>55</sup>:

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Essas normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, seja na esfera pública ou privada e vinculam os poderes públicos estatais.

---

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 355-356.

<sup>55</sup> MORAIS, José Luís Bolzan de. Dilemas do/para o Estado constitucional. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 105-108.

Nessa mesma linha de argumentação, há que se dar destaque à Constituição da Itália, de 1947, e, já na década de 1970, a reconstitucionalização de Portugal, de 1976, e da Espanha, de 1978, com a superação da ideia de constituição como documento meramente político e despido, portanto, de eficácia jurídica. No Brasil, o marco histórico é a Constituição da República, de 1988, marco do processo de redemocratização iniciado depois de findos os anos da ditadura militar.

A Carta Maior, vale ressaltar, representa o despertar da democracia, esquecida durante as duas décadas em que o País esteve submetido ao regime militar, marcado pela constrição de direitos fundamentais e pelo desprezo a quaisquer outros reflexos do ideal de liberdade. A Constituição brasileira de 1988 tem permitido, de fato, o desfrute, sem rupturas, das liberdades democráticas, num ambiente de estabilidade institucional.

Reflete assim, os anseios de liberdade e democracia de todo o povo, consagrando-se marco inicial da restauração do Estado Democrático, no Brasil, ao reafirmar os direitos fundamentais, especialmente os de cidadania, buscando realizá-los a partir do cumprimento de objetivos específicos. Neste ponto, a ação estatal direciona-se à promoção de mudanças no *status quo*, sendo a lei instrumento de promoção do Estado Social. Acerca do Estado Democrático de Direito, Moraes<sup>56</sup> leciona que, ao assumir um perfil democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade, e, assim, não lhe basta a limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do *status quo*.

A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, não estando atrelada apenas à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais. Para o autor, o Estado Democrático de Direito é uma fórmula de Estado Social que vai além de um projeto de bem-estar, previamente fixado, mas promove uma inovação nas relações entre o princípio democrático e o princípio (função) de garantia que advém das origens do constitucionalismo liberal. Nesse sentido, a Carta democrática brasileira de 1988 consolida o mais longo período de estabilidade política da história do País, resultado de um sentimento constitucional inimaginável.

No que tange ao marco filosófico do neoconstitucionalismo, pode-se destacar o pós-positivismo, cuja doutrina se inspira nos ideais de justiça e na legitimação democrática, objetivando a consecução de uma leitura moral da Constituição e das demais normas

---

<sup>56</sup> MORAES, Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 45.

jurídicas, sem desprezar, contudo, o Direito objetivamente posto. O intuito é a elaboração de uma nova hermenêutica, que tem por escopo o desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais fundada nos princípios constitucionais, de modo a promover uma reaproximação entre Direito e Ética. Neste enfoque, cresce a busca pelo reencontro entre ciência jurídica e filosofia, difundindo-se, por todo o ordenamento jurídico, os valores morais tutelados na Constituição.

Há que se mencionar alguns princípios que, por sua relevância, merecem ser estudados. Toma-se, como exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja travessia do campo ético para o cenário jurídico consolida-se após a Segunda Guerra Mundial, passando a constar em importantes documentos internacionais, tais como a Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, e as Constituições Italiana, de 1947, Alemã, de 1949, Portuguesa, de 1976, e Espanhola, de 1978.

No Brasil, esse princípio está estabelecido na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República, em seu art. 1º, III, e representa o núcleo essencial de todos os demais direitos fundamentais, conferindo-lhes unidade, sentido e valor, além de inspirar a interpretação e aplicação de todos os dispositivos jurídicos. Ademais, legitima a ordem jurídica e constitui valor-fonte do direito, priorizando o “ser” ao “ter”, a fim de reafirmar a primazia do homem sobre o Estado.

Sarmiento<sup>57</sup> leciona com propriedade que o princípio da dignidade da pessoa humana qualifica-se como o “epicentro axiológico da ordem constitucional”, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico. O princípio seria o mais relevante de todo o sistema, por constituir alicerce da ideia de que todas as pessoas são iguais e titulares do direito a um tratamento igualmente digno. Nesse sentido, preleciona Barroso<sup>58</sup> que:

O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa, portanto, a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

---

<sup>57</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e Relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 252.

<sup>58</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 355-356.

O princípio da dignidade humana, fundamento do Estado democrático, norteia o comportamento do ente estatal que deve impedir que todos os direitos fundamentais atribuídos aos indivíduos sejam violados. Serve de orientação, ainda, para relações privadas que devem ser orientadas a um comportamento moral, ético e respeitoso, à luz dos valores que esse princípio busca difundir. Ademais, esse princípio traz, em seu âmago, a proteção do mínimo existencial, que identifica um conjunto de bens e necessidades básicas e essenciais à subsistência material e moral do indivíduo, seja no que tange à sua capacidade de gozar outros direitos, seja no que tange à sua própria sobrevivência.

Ganha destaque, nesse contexto, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, conceitos, na verdade, que muito se assemelham, e cuja distinção não será analisada na presente pesquisa. Esse princípio, considerado critério de decisão, constitui produto dos princípios do devido processo legal substancial do direito norte-americano e da proporcionalidade do direito alemão. Enlaçado com a ideia de relação racional entre meios e fins, vincula a atuação de todos os órgãos de direção política estatal, cuja observância deve estar atrelada a três subprincípios que o caracterizam: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Por ser o princípio da proporcionalidade de cunho subjetivo, seus subprincípios têm servido para orientar o intérprete no mecanismo de controle de discricionariedade do Legislativo e do Executivo, pois se, por um lado, admitem-se inúmeras interpretações para o que seja razoável conforme o equilíbrio, a moderação ou o senso comum, por outro, não se pode desprezar a importância desse princípio para a consecução de racionalidade e justiça e para a rejeição de atos arbitrários ou desmedidos praticados pelo Estado. Esse princípio deve abranger a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, assim entendido como a ponderação entre o gravame imposto por uma determinada medida praticada e o benefício por ela produzido.

Barroso<sup>59</sup> leciona com propriedade que o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite que o Poder Judiciário invalide atos legislativos ou administrativos, quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); c) não

---

<sup>59</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.261.

haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.

Nessa avaliação, ainda segundo o autor, o juiz deve ter o cuidado de não invalidar escolhas administrativas situadas no espectro do aceitável, impondo seus próprios juízos de conveniência e oportunidade. Não cabe ao Judiciário, destarte, impor a realização das melhores políticas, a partir de um ponto de vista pessoal, mas tão-somente o bloqueio de opções que sejam, manifestamente, incompatíveis com a ordem constitucional<sup>60</sup>. O princípio também funciona como um critério de ponderação entre proposições constitucionais que estabeleçam tensões entre si ou que entrem em rota de colisão.

O princípio da proporcionalidade vincula-se ao princípio da isonomia como critério de justa medida de distribuição dos direitos e deveres sociais,<sup>61</sup> tendo valia, outrossim, como instrumento de ponderação entre valores constitucionais conflitantes. Isso contribui para a resolução da problemática referente ao choque de interesses eventualmente contrapostos, que reclamam do intérprete uma solução num contexto<sup>62</sup> em que mais de uma resposta é, em tese, possível. Pondera-se para que se possa obter um resultado legítimo e racional.

Por derradeiro, torna-se importante assinalar alguns aspectos relacionados ao processo de constitucionalização, inseridos no marco teórico do neoconstitucionalismo, responsáveis por algumas transformações no conhecimento convencional acerca do direito constitucional nos últimos anos, como: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a influência da Constituição sobre as relações privadas; c) a expansão da jurisdição constitucional; d) o significativo avanço no campo da hermenêutica constitucional.

No tocante ao reconhecimento da força normativa e vinculante do texto constitucional, é preciso reafirmar que a Constituição figurou, por muito tempo, como um documento meramente retórico, despido de aplicabilidade direta e, por conseguinte, da qualidade de norma jurídica. Tal concepção, porém, a partir do término da Segunda Guerra Mundial, cai por terra, e a Constituição passa a ter a sua força normativa reconhecida, vinculando, destarte, todos os órgãos de direção política estatal. Afasta-se, assim, a tese aceita nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à Constituição um “valor meramente

---

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.261.

<sup>61</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.68.

<sup>62</sup> *Ibidem*. p.69.

declaratório”, “uma natureza de simples direção política”; um caráter programático despido de força jurídica<sup>63</sup>.

Nesse ponto, Dirley da Cunha Júnior leciona que a Constituição se transforma em um diploma composto de normas jurídicas fundamentais e supremas, passando a ostentar posição de proeminência em face das demais normas, que a ela deverão se conformar quanto ao modo de elaboração (compatibilidade formal) e quanto à matéria (compatibilidade material)<sup>64</sup>. Esta supremacia constitucional desponta como uma exigência democrática, de forma a atender os valores e anseios do povo, titular absoluto do poder que originou a Carta Magna, a fonte máxima de produção da totalidade do Direito e o último fundamento de validade das normas jurídicas, conferindo unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico<sup>65</sup>.

Parte-se do entendimento, destarte, que a Constituição define um plano normativo global para o Estado e para a sociedade, vinculando todos os órgãos de direção política estatal assim como o povo<sup>66</sup>. Desta forma, não restam dúvidas acerca da natureza jurídica das denominadas normas programáticas tema, aliás, que será analisado com mais detalhes em momento posterior. Não se pode deixar de mencionar, contudo, que o Estado Social admite bases capitalistas,<sup>67</sup> vocacionado à promoção do desenvolvimento econômico e do bem-estar. É, na verdade, um produto da transformação estrutural do antigo Estado Liberal. É, também, um produto da pressão das massas. A proposta do Estado Social é a de enxergar o Estado como

---

<sup>63</sup> PEDRA, Anderson Sant’ Ana. A constitucionalização do direito e o controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário. In: Agra, Walber de Moura et al (org.). *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 50.

<sup>64</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 239.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade, teoria e prática*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p.21.

<sup>67</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 5ª. ed. Ver., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense: 2012 p.38. Para o autor, “Capitalismo é o sistema econômico no qual as relações de produção estão assentadas na propriedade privada dos bens em geral, dos fatores de produção, na ampla liberdade de iniciativa e de concorrência, bem como na livre contratação de mão de obra. Tem no capital um de seus principais fatores de produção, sendo este um dos elementos preponderantes para a sustentação da vida econômica. Observa-se que o capitalismo assenta-se basicamente no individualismo próprio do liberalismo econômico, tendo por principais características: a) propriedade privada dos meios de produção; b) trabalho assalariado como base de Mão de obra; c) sistema de mercado baseado na livre-iniciativa e na liberdade de concorrência. Nesse sistema econômico, os meios de produção e distribuição são de propriedade privada e com fins lucrativos. As decisões sobre oferta, demanda, preço, distribuição e investimentos não são tomadas pelo governo, mas concebidas pelo mercado, os lucros são distribuídos para os proprietários que investem em empresas e os salários são pagos aos trabalhadores pelas empresas. Não há consenso sobre a definição exata do capitalismo, nem como o termo deve ser utilizado como categoria analítica. Todavia, pouco se diverge sobre o papel elementar que a propriedade privada dos meios de produção, criação de produtos ou serviços com fins lucrativos num mercado, e preços e salários exercem nesse sistema econômico”.

um produto tanto da Revolução Francesa quanto da Revolução Socialista. Essas revoluções, segundo Paulo Bonavides<sup>68</sup>:

[...] legitimaram-se pela história por conta dos frutos que produziram, inaugurando a necessidade do Estado social e de uma nova visão do homem (o homem cidadão do universo), justamente em razão dos direitos que lhe foram outorgados e reconhecidos: A Revolução Francesa deu ensejo ao Estado de Direito, à legitimidade republicana, à monarquia constitucional, ao regime representativo, às liberdades públicas, aos direitos individuais, à majestade da pessoa humana. Já a Revolução Russa serviu de inspiração para o mundo ocidental, para a construção de um Estado comprometido com as questões de justiça social.

No Brasil, a Constituição de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, de 1919, foi a primeira a traçar os contornos da atuação de um Estado intervencionista, do tipo social, vocacionado à promoção do desenvolvimento econômico e do bem-estar. E desde a Carta de 1934 até a atual, o regime constitucional brasileiro tem se pautado por uma conjugação de democracias de cunho liberal e social. Na atual, de 1988, essa assertiva está descortinada nos artigos 170 (Da Ordem Econômica e Financeira) e 193 (Da Ordem Social), respectivamente<sup>69</sup>. E foi sob a égide da Constituição de 1934 que a disciplina jurídica da atividade econômica se tornou realidade no Brasil.

Faz-se importante, nesse contexto, uma análise, mesmo que breve, dos conceitos de Ordem Econômica e Ordem Social para que se possa compreender o papel atribuído ao Estado, na consecução de justiça e bem-estar, em face de um complexo processo de globalização.<sup>70</sup> A adoção de políticas neoliberais, vivenciadas na contemporaneidade, tem como traços marcantes a ruptura da soberania absoluta estatal, resultando em grave retrocesso em matérias atinentes à proteção dos direitos da pessoa humana, com ênfase nos direitos sociais de cunho prestacional, especialmente em países periféricos, como o Brasil. Da mesma forma, e em momento posterior, será analisado o importante papel atribuído ao Poder Judiciário nesse contexto.

<sup>68</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.86.

<sup>69</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade, teoria e prática*. 8ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p.21.

<sup>70</sup> BECHARA, Evanildo. *Dicionário escolar da língua portuguesa / Academia Brasileira de Letras*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008. Globalização significa ato de globalizar, processo de internacionalização econômica, especialmente quanto à produção e comercialização de mercadorias e quanto ao intercâmbio de informação e comunicação, com forte impacto sociocultural. A globalização fez do nosso planeta uma grande aldeia. Podemos entender, então, a globalização como um fenômeno de interdependência de todos os povos e países da terra. Em outras palavras, “globalizar” significa “tornar global”, no sentido de tomar medidas para que determinado produto, processo, ideia, torne-se mais conhecido. A globalização da economia é uma realidade irreversível no momento que reintroduz, à falta de uma política social de caráter mundial, o capitalismo selvagem. Levam vantagem, na globalização da economia, as nações desenvolvidas, na medida em que a detenção de tecnologia mais avançada permite colocar seus produtos, em todo o globo, com qualidade superior e preço inferior aos produtos dos países menos desenvolvidos.

Por Ordem Econômica compreende-se o tratamento jurídico disciplinado pelas constituições, necessária à condução da vida econômica da Nação, limitado e delineado pelas formas estabelecidas na própria Lei Maior para legitimar a intervenção do Estado no domínio privado econômico. Na lição de José Afonso da Silva<sup>71</sup>, a Ordem Econômica consiste na racionalização jurídica da vida econômica, com o fim de se garantir o desenvolvimento sustentável da Nação.

No magistério de André Ramos Tavares<sup>72</sup>, trata-se de um conjunto de normas e instituições jurídicas que visam disciplinar as relações oriundas do exercício da atividade econômica, assim como orientar a produção dos diversos ramos do direito envolvidos no ciclo econômico (civil, empresarial, comercial, econômico trabalhista, administrativo, etc.).

E o fim da Ordem Econômica prescreve *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*, legitimando a atuação estatal para que intervenha sempre que necessário à garantia e ao alcance da justiça e o bem-estar a todos os indivíduos. Para tanto, as relações socioeconômicas do País deverão estar, por exemplo, direcionadas ao fator trabalho, mas também ao bem-estar desse trabalhador, permitindo-lhe o gozo do bem-estar físico, espiritual, intelectual e material. As constituições econômicas, por seu turno, traduzem-se por um conjunto de normas que têm por objeto a disciplina jurídica do fato econômico e das relações principais dele decorrentes.

A Carta Maior de 1988 instituiu uma Ordem Econômica de cunho intervencionista, conjugada com a liberdade de iniciativa econômica e de mercado de natureza capitalista, assim como o direito de propriedade privada dos meios de produção. É o que se percebe quando da análise do artigo 170,<sup>73</sup> que institui numerosos princípios limitando e condicionando o processo econômico, no intuito de direcioná-lo a proporcionar o bem-estar através de qualidade de vida a todos os indivíduos.

---

<sup>71</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.122.

<sup>72</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003. p.45.

<sup>73</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. NOVELINO, Marcelo *Constituição Federal para concursos*. Doutrina, jurisprudência e questões de concursos., 6. ed., rev., ampl., atual. Salvador: Juspodivm, 2015. p.816. Art. 170: “A Ordem Econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social, observados os seguintes princípios: I- soberania nacional;II- propriedade privada;III- função social da propriedade; IV-livre concorrência; V- defesa do consumidor [...]; VII- redução das desigualdades regionais e sociais [...]”.



Eros Roberto Grau<sup>74</sup>, ao se referir ao conceito de *justiça social* como fim da Ordem Econômica, afirma que tal expressão “não é um adjetivo que qualifique uma forma ou modalidade de justiça, mas que nela se compõe como substantivo que a integra”. Sustenta que a “referida expressão tinha, por significado inicial, a superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico<sup>75</sup>”. Contudo, com o passar do tempo, assumiu conotação diversa, no sentido de exigir cuidados em relação à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções das injustiças<sup>76</sup> da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigências de qualquer política econômica capitalista.

A Ordem Social, por sua vez, tem por finalidade assegurar a todos existência digna. Juntamente com os direitos fundamentais, forma o núcleo substancial do regime democrático. Traz como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social. A Constituição Federal de 1988 inaugura o tema no seu artigo 193<sup>77</sup> e, para tanto, reúne inúmeras matérias tais como seguridade social, educação, cultura e desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, família, adolescente, idoso, índios. Boa parte das normas consagradas no Título VIII exige uma atuação positiva dos poderes públicos para produzir a plenitude de seus efeitos.

Assim, o Poder Constituinte Originário procurou harmonizar a *ordem social* com a *ordem econômica*, que fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos existência digna.<sup>78</sup>

Mas foi na década de 1960 que Estados que adotaram, em sua maioria, esse perfil de Constituição, tiveram um acréscimo considerável em seus gastos a partir da implementação de políticas de cunho social. É nesse cenário que surge uma teoria econômica denominada neoliberalismo que defende, entre outras coisas, a redução dos gastos dos governos, especialmente aqueles direcionados às políticas públicas de caráter assistencial. Assim, e a

---

<sup>74</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1997. p. 347.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Constituição Federal para concursos*. Doutrina, jurisprudência e questões de concursos. 6. ed. rev., ampl., atual. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 817.

<sup>77</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/C\\_F88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/C_F88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em: 16 jun. 2018. Art. 193 “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo bem-estar e a justiça sociais”.

<sup>78</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Constituição Federal para concursos*. Doutrina, jurisprudência e questões de concursos. 6ª. ed., rev., ampl., atual. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 817.

partir de uma lógica neoliberal, os Estados passaram a restringir a implementação de políticas públicas e, conseqüentemente, reduziram a oferta de prestações sociais, especialmente aquelas direcionadas às camadas mais carentes da população. Para os teóricos do pensamento neoliberal, a assistência não é dever do Estado, mas um problema que deve ser superado pelas leis do mercado.

Milton Friedeman,<sup>79</sup> ao referir-se a um “Estado Neoliberal”, cria, vale dizer, uma teoria que se traduz em uma forma de organização econômica que ganha força na década de 1970, em face da crise do petróleo, quando se alegava que o denominado “Estado Keysiano”<sup>80</sup> ou “Estado do Bem-Estar Social”, havia se transformado num Estado estatizante, coletivista e demasiado grande. Para os defensores dessa Teoria, a redução do tamanho do Estado é medida necessária, uma vez que o ente estatal deve ter um âmbito de atuação limitado e reduzido na sociedade e na economia. No entender de Friedman, a liberdade econômica constitui a essência da liberdade política, ao permitir que indivíduos sejam atores principais do livre mercado, sem uma atuação centralizada do Estado na economia, reduzindo, conseqüentemente, a área sobre a qual é exercido o poder político.

No que tange ao Brasil, foi a partir de 1994, já no Governo Fernando Henrique Cardoso (1994-2002), que efetivamente o Estado brasileiro começou a diminuir o seu tamanho, baseado no Programa Neoliberal de Friedeman, realizando um aprofundamento de programas de desestatização, com a extinção e privatização de diversas entidades estatais, tais como Telebrás, Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), Companhia Vale do Rio Doce, entre outras. Nesse ponto, inexoravelmente, foi aplicado a Teoria de Friedman do “Estado Neoliberal.” Abre-se também o mercado brasileiro às grandes indústrias internacionais, o que fragilizou o parque industrial nacional, tendo como resultado uma crescente e fatal precarização das relações de trabalho. O Brasil, enfim, sucumbe à globalização!

O neoliberalismo, ao inverter a lógica do Estado do Bem-Estar Social levou à redução, por parte dos Estados, inclusive o brasileiro, de políticas públicas de cunho social, o que explica, em muito, o grave e preocupante retrocesso em direitos já adquiridos, tais como saúde,

---

<sup>79</sup> FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p.16.

<sup>80</sup> KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*, 1936. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/John\\_Maynard\\_Keynes](http://pt.wikipedia.org/wiki/John_Maynard_Keynes). Acesso em: 27 jan. 2018.

educação, moradia, dentre outros, e que inviabilizam ou retardam, em grande medida, o alcance da dignidade humana.

Mas apesar dos retrocessos por parte do Estado brasileiro na realização dessas políticas públicas, a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 1º, III<sup>81</sup>, identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência no mundo. É o respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem, conforme assevera Dirley da Cunha Junior<sup>82</sup>, para quem:

A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. Representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar. Em verdade, a Carta Maior de 1988 impôs-se como um documento normativo, dando ao princípio uma potencialidade que não se vislumbrava há 30 anos. Tornou-se imprescindível, todavia, estabelecer os contornos de uma objetividade possível, que permitisse ao princípio transitar de sua dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais.

Isto somente foi possível quando da constatação de que os princípios constitucionais possuem um conteúdo básico, um núcleo intangível que garante a todo e qualquer indivíduo, enquanto ser humano, um mínimo existencial, ou seja, um conjunto de prestações materiais essenciais à sua sobrevivência e dignidade.

Para tanto, a Constituição Federal de 1988, seguindo uma tendência mundial iniciada com as Constituições de Portugal, de 1976, e Espanha, de 1978, trouxe inúmeras matérias que até então eram deixadas para o processo político majoritário e para o legislador ordinário. Pode-se mencionar, com especial ênfase, a jurisdição constitucional, entendida como a atividade por via da qual se manifesta uma das funções políticas do Estado, qual seja, a função judicial que se torna um instrumento valioso no controle dos atos e omissões do poder público, no que tange à efetivação de políticas públicas que garantam o mínimo de dignidade a todos os indivíduos, indistintamente.

---

<sup>81</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal para concursos. Doutrina, jurisprudência e questões de concursos*. 6. ed. rev., ampl., atual. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 13. Art. 1º, “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana”.

<sup>82</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade, teoria e prática*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012. p.63.

A atuação jurisdicional torna-se especialmente relevante quando se verifica um crescente sentimento de desilusão e desconfiança da população em face dos parlamentos e do Poder Executivo, cujos valores e prioridades, em regra, são locais corporativos ou de grupo.

Foi a partir do momento em que a lei e o princípio da legalidade passam para a periferia do sistema jurídico e presencia-se o trânsito da Constituição e do princípio da constitucionalidade para o centro de todo o sistema<sup>83</sup>, reconhecendo-se a Carta Maior como verdadeira norma jurídica com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa, que surgiu um novo cenário, o qual provocou mudanças profundas nos próprios fundamentos da teoria jurídica, a saber: a) o reconhecimento e a afirmação da força normativa da Constituição, b) a eficácia e a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, c) a supremacia dos princípios sobre as regras d) uma hermenêutica jurídica comprometida com a máxima efetividade do discurso constitucional<sup>84</sup>.

E isso se materializa quando da atuação judicial no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público, como também na interpretação do ordenamento jurídico infraconstitucional, à luz da Constituição. De fato, as constituições democráticas surgidas a partir da segunda metade do século XX propuseram-se a construir Estados democráticos de direito, tendo por objetivo a proteção da pessoa humana, bem como da dignidade a ela inerente. Em decorrência, passaram a regular o próprio fenômeno político, estabelecendo as prioridades do Estado e vinculando os programas estatais à consolidação do bem-estar social.

No atual cenário onde os Estados, inclusive o brasileiro, vêm reduzindo em forte medida políticas públicas de cunho social, o que explica, em muito, o retrocesso em direitos já adquiridos, tais como saúde, educação, moradia entre outros – e que inviabiliza ou retarda em grande medida o alcance da dignidade humana – é que emerge, com considerável importância e repercussão social e política, o fenômeno relativo à judicialização da política, que só se tornou

---

<sup>83</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de constitucionalidade, teoria e prática*. 6.ed.rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2012,p.63.

<sup>84</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-JUNIOR>. Acesso em: 13 mar. 2018.

factível ante a politização da justiça e a redefinição do papel do juiz, na sociedade contemporânea<sup>85</sup>.

Judicialização significa que questões de relevância e repercussão social e política passaram a ser discutidas e decididas pelo Poder Judiciário, em detrimento das instâncias políticas tradicionalmente incumbidas de tal mister, como o Legislativo e o Executivo. A atuação judicial, nesses casos, não decorre de uma opção ideológica ou filosófica do Poder Judiciário que se limita a cumprir, de maneira estrita, vale dizer, o seu papel constitucional. Se as políticas públicas estivessem sendo implementadas de forma satisfatória, o espaço do Judiciário seria menor. Daí a conclusão a que se chega de que a judicialização é o diagnóstico da disfuncionalidade do sistema,<sup>86</sup> que acaba por expor a fragilidade dos órgãos de direção política (Legislativo e Executivo).

Portanto, a jurisdição constitucional – assim entendida como a atividade por via da qual se manifesta uma das funções políticas do Estado, qual seja, a função judicial – torna-se um instrumento valioso no controle das omissões do poder público, especialmente quando da adoção, por parte do Estado, de políticas de cunho neoliberal que reduzem, em grande medida, investimentos em programas sociais que resultam no agravamento das desigualdades.

Podem ser identificadas causas diversas para justificar a judicialização que se traduz em um fenômeno mundial, e outras tantas que decorrem do modelo institucional brasileiro, a saber: a) a redemocratização do Brasil que teve como marco a Constituição Federal de 1988 e que resultou no despertar da população para o exercício da cidadania, permitindo-lhes acesso à informação e a consciência de seus direitos constitucionalmente tutelados; b) a constitucionalização abrangente que, seguindo uma tendência mundial iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), trouxe para a Constituição Federal de 1988 inúmeras matérias que, até então, eram deixadas para o processo político majoritário e para o

---

<sup>85</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-JUNIOR>. Acesso em: 13 mar. 2018.

<sup>86</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Precisamos de órgão para fazer o controle prévio de constitucionalidade das leis*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-10/entrevista-dirley-cunha-JUNIOR-juiz-federal-professor>. Acesso em: 12 mar. 2018.

legislador ordinário; c) a crescente desilusão da população com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral<sup>87</sup>.

Segundo o magistério de Mauro Cappelletti,<sup>88</sup>

Este crescente sentimento de desilusão e desconfiança se dá não apenas em face dos parlamentos, mas também em relação ao poder executivo e em face da administração pública e suas incontáveis agências. De um lado, os parlamentos demonstram o caráter fantasioso da sua pretensão de se erigirem em instrumentos onipotentes do progresso social. Demasiadas leis foram emanadas tarde, ou bem cedo se tornaram obsoletas; muitas se revelaram ineficazes, quando não contra produtivas, em relação às finalidades sociais que pretendiam atingir; e muitas, ainda criaram confusão, obscuridade e descrédito da lei. Nem se esqueça de que os parlamentos, nas sociedades pluralísticas compõem-se na maior parte de políticos eleitos localmente, ou vinculados eleitoralmente a certas categorias ou grupos. Os valores e prioridades desses políticos são por isso muito amiúde valores e prioridades locais, corporativos ou de grupos.

Nesta mesma linha de raciocínio, Dirley da Cunha Júnior<sup>89</sup> leciona que “a redemocratização do país, a força normativa da Constituição seguida da constitucionalização abrangente e a expansão da jurisdição constitucional, foram causas seminais para o fenômeno da judicialização.”

Diante desse quadro, não se pode deixar de reconhecer o importante papel constitucional atribuído ao Poder Judiciário e sua independência institucional, essencial às democracias modernas. No Brasil, desde a Constituição de 1891 até a atual, de 1988, cumpre ao Poder Judiciário, por influência da doutrina da *judicial review of legislation*, oriunda do direito norte-americano, o controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público, o qual deve ser compreendido como uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público com uma Constituição rígida<sup>90</sup>. Em verdade, o controle jurisdicional irrompeu nos Estados Unidos, em 1803, no celebre Caso *Marbury v. Madison*, quando o juiz Marshall afirmou: “The constitution is what the judge says it is.”<sup>91</sup>

<sup>87</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p.43. Exemplos podem ser citados: pesquisas com células tronco embrionárias (ADI 3.510-DF); liberdade de expressão e racismo (HC 82.424-RS); interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54|DF).

<sup>88</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p.47.

<sup>89</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-JUNIOR>. Acesso em: 13 mar. 2018.

<sup>90</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade, teoria e prática*. 6.ed.rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p.64.

<sup>91</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 232 e ss.

Não obstante, um dos maiores obstáculos levantados, no que tange ao controle de constitucionalidade realizado pelos juízes, resulta do argumento de que os órgãos compostos por agentes públicos não eletivos, não deveriam ter competência para invalidar decisões dos órgãos legitimados pela escolha popular, e que a sua atuação no exercício da jurisdição fere o princípio democrático.

Apesar das críticas levantadas por parte da doutrina, o controle de constitucionalidade realizado por juízes não viola o princípio da Separação dos Poderes, porque deve ser compreendido como um meio de coordenação e entrosamento entre as distintas funções estatais, de forma que cada um deles possa, ao lado de suas funções típicas, colaborar em caráter secundário com os demais poderes, sem que tal “interferência” viole o seu núcleo essencial e sem que haja ameaça à separação das funções estatais. Tudo isso para garantir o atendimento das demandas da sociedade contemporânea em atenção à vontade da Constituição, o que se dá através do combate ao arbítrio e à omissão estatal.

No que se refere à Constituição brasileira de 1988, o princípio da Separação dos Poderes se concilia com outros princípios constitucionais positivos, a saber: dignidade da pessoa humana, aplicabilidade imediata e direta das normas definidoras dos direitos fundamentais, inafastabilidade do controle judicial, entre outros<sup>92</sup>. A Carta brasileira de 1988 não é apenas um conjunto de normas, mas de princípios também, “(...) que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, conforme assevera Robert Alexy<sup>93</sup>.

Ademais, a Carta Magna Dirigente de 1988, em sua definição normativa como Estado do Bem-Estar Social, compromete-se com o bem-estar e a igualdade, na forma enunciada no seu Preâmbulo, e no artigo 3º, IV, vinculando-se ao estabelecimento de uma sociedade direcionada à realização da dignidade humana. Para tanto, legitima o ativismo judicial que consiste em um modo proativo de interpretação constitucional, no qual se expande ao máximo o seu sentido e alcance e ocorre, normalmente, nos casos em que se verifique a inércia ou omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, no que tange ao cumprimento do seu papel constitucional e do não atendimento das demandas sociais de forma efetiva, o que impõe ao

---

<sup>92</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-JÚNIOR>. Acesso em: 13 mar. 2018.

<sup>93</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p.90.

Judiciário uma participação mais intensa na concretização dos valores e fins constitucionalmente tutelados.

Ainda sobre ativismo judicial, pode-se dizer que esse fenômeno manifesta-se em três situações específicas que incluem: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição e, por fim, a imposição de condutas ou abstenções ao poder público. A judicialização, por seu turno, ocorre quando algumas questões de larga repercussão política ou social passam a ser decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionalmente incumbidas de tal mister.

Acerca do ativismo e da judicialização, Luís Roberto Barroso<sup>94</sup> apresenta as seguintes características, a saber:

A judicialização no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Deve-se mencionar, por oportuno e a título de exemplo, bem como por sua atualidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) – ainda em curso no Supremo Tribunal Federal (STF) – que trata sobre a descriminalização do aborto no Brasil. Segundo o referido partido político, os artigos 124 e 126 do Código Penal, que instituem a criminalização da interrupção voluntária da gravidez não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

O PSOL alega que os dois dispositivos, acima mencionados, afrontam postulados fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, a liberdade, a igualdade, a proibição de tortura ou tratamento desumano

---

<sup>94</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [www.conjur.com.br/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade](http://www.conjur.com.br/judicializacao_ativismo_legitimidade). Acesso em: 6 jul. 2017.



e degradante, a saúde e o planejamento familiar das mulheres, assim como os direitos sexuais e reprodutivos<sup>95</sup>.

A pretensão é que o STF exclua, do âmbito de incidência dos dois artigos, a interrupção da gestação induzida e voluntária, realizada nas primeiras doze semanas, de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem a necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento<sup>96</sup>. A fim de instaurar o debate constitucional e o alcance do problema jurídico, a relatora da ADPF, Ministra Rosa Weber, solicitou informações à Presidência da República, ao Senado, à Câmara dos Deputados, dentre outros.

As respostas foram as seguintes: a) a Presidência da República sustenta a existência de “desacordo moral razoável” sobre a questão na sociedade brasileira, diante da ausência de consenso mínimo acerca das concepções morais, filosóficas e religiosas sobre a matéria. E defende que o espaço adequado para se discutir e decidir a matéria é o Poder Legislativo, responsável por tutelar o pluralismo político, premissa para a legitimidade das decisões políticas majoritárias”; b) O Senado Federal, por seu turno, esclarece que os artigos questionados na ADPF não foram objeto da reforma legislativa empreendida no Código Penal (Lei 7.209|1984), assinalando que o artigo 2º do Código Civil, de 2002, assegura direitos ao feto viável. E o que chama mais a atenção: segundo o Senado Federal, o Parlamento está “promovendo as discussões pertinentes para eventual modificação do parâmetro legal”.<sup>97</sup>

Nesse ponto, vale a observação acerca do descaso, da letargia e da omissão do legislador em tema de tamanha relevância. Exemplos não faltam: o Projeto de Lei n. 1.135, de 1991, rejeitou a descriminalização do aborto, considerando a proposta inconstitucional e “inoportuna” no mérito. Tramitam ainda na Câmara uma PEC e vários Projetos de Lei, a saber:

---

<sup>95</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373569>. Acesso em: 8 ago. 2018.

<sup>96</sup> Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373569>. Acesso em: 8 ago. 2018. *Roe v. Wade* Decision U.S. Supreme Court ROE v. WADE, 410 U.S. 113 (January 22, 1973) 410 U.S. 113 Roe et al. versus Wade, District Attornee of Dallas County, Appeal from the United States District Court for the Northern District of Texas, No. 70-18. Argued December 13, 1971 Reargued October 11, 1972 - Decided January 22, 1973. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso\\_Roe\\_contra\\_Wade](https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Roe_contra_Wade). Acesso em: 8 ago. 2018

<sup>97</sup> Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373569>. Acesso em: 8 ago. 2018.

[...] a Proposta de Emenda à Constituição – PEC n. 164/2012 que “estabelece a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção, Projetos de Lei PL n. 8116/2004, que “dispõe sobre a proteção do nascituro; PL n. 478/2007, que dispõe sobre o Estatuto do nascituro e dá outras providências” etc... Tramitam, também, projetos que descriminalizam o aborto, como, por exemplo, o PL n. 4.403/2004, que “acrescenta inciso ao artigo 128 do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, – Código Penal; e o Projeto de Lei n. 882/2015, que “estabelece as políticas públicas no âmbito da vida sexual e dos direitos reprodutivos e da outras providências”. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442 DISTRITO FEDERAL. RELATORA: Min. Rosa Weber.

Dentro desse contexto, a Ministra Relatora Rosa Weber afirma que a questão da interrupção voluntária da gravidez, nas doze primeiras semanas, envolve diferentes valores públicos de cunho ético, moral, religioso e de saúde pública, como também a tutela dos direitos fundamentais individuais.

Em razão disto, inúmeros atores sociais pediram o ingresso no feito, na qualidade de *amici curiae*, sendo admitidos nessa condição: (i) Partido Social Cristão); (ii) União dos Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP) e (iii) Instituto de Defesa da Vida e da Família. Assim assevera a ministra Rosa Weber<sup>98</sup>:

A discussão que ora se coloca para apreciação e deliberação desse Supremo Tribunal Federal, com efeito, é um dos temas jurídicos mais sensíveis e delicados, enquanto envolve razões de ordem ética, moral, religiosa, saúde pública e tutela de direitos fundamentais individuais. A experiência jurisdicional comparada demonstra essa realidade. Assim, a complexidade da controvérsia constitucional, bem como o papel construtor da razão pública que legitima a atuação da jurisdição constitucional na tutela de direitos fundamentais, justifica a convocação de audiência pública, como técnica processual necessária, a teor do art. 6º, §1º, da Lei n. 9882/99, e dos arts. 13, XVII e 154, III, parágrafo único, ambos do RISTEF.

Sobre o tema descriminalização do aborto, e por sua importância, vale analisar o precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA), – *Roe v. Wade*, a seguir.

No ano de 1970, duas advogadas recém-formadas, oriundas da Faculdade de Direito da Universidade do Texas, Linda Coffee e Sarah Weddington, abriram um processo no Estado do Texas, representando Norma L. McCorvey ("*Jane Roe*"). Jane Roe argumentava que sua gravidez era resultado de um estupro. O fiscal de distrito do Condado de Dallas (Texas), Henry Wade, representava o Estado do Texas, que se opunha ao direito a aborto. No julgamento,

<sup>98</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AudnciaPblicaADPF442.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2018.

o Tribunal do Distrito decidiu a favor de Jane Roe, porém se recusou a mudar a legislação para a legalização do aborto<sup>99</sup>.

O caso foi objeto de inúmeros recursos, até chegar à Suprema Corte dos Estados Unidos que decidiu, no ano de 1973, que a mulher, à luz do direito à privacidade – sob a cláusula do devido processo legal da "décima quarta emenda" – podia decidir por si mesma a continuidade ou não da gravidez. O direito à privacidade foi considerado um direito fundamental sob a proteção da Constituição dos Estados Unidos e, portanto, nenhum desses Estados poderia legislar contra ele. No curso do julgamento, "Jane Roe" deu à luz sua filha, sendo a criança encaminhada para adoção.

*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) foi decidido pelo Suprema Corte dos Estados Unidos, dando lugar a uma decisão histórica em matéria de aborto. Segundo o juiz Harry Blackmun, que escreveu o relatório final da decisão, a maioria das leis contra o aborto, nos Estados Unidos, violavam o "direito constitucional à privacidade, garantido sob a cláusula do devido processo legal da 'décima quarta emenda'" da Constituição. A decisão resultou na mudança obrigatória de todas as leis federais e estaduais que prescreviam ou restringiam o aborto e, portanto, contrárias à decisão.<sup>100</sup> Essa decisão do Supremo Tribunal de Justiça foi interpretada como a 1ª despenalização do aborto para os cinquenta Estados da União.

O mais importante a saber é que *Roe v. Wade* é um dos casos mais controvertidos e politicamente significativos da história do Suprema Corte dos Estados Unidos, por sustentar que o aborto deve ser permitido à mulher, por qualquer razão, até o momento em que o feto se transforme em "viável", ou seja, torne-se potencialmente capaz de viver fora do útero materno, sem ajuda artificial. A viabilidade é alcançada por volta dos sete meses (28 semanas), mas pode ocorrer antes, inclusive dentro das 24 semanas iniciais. Depois dessa "fronteira da viabilidade",

---

<sup>99</sup> *Roe v. Wade* Decision U.S. Supreme Court ROE v. WADE, 410 U.S. 113 (January 22, 1973) 410 U.S. 113 Roe et al. versus Wade, District Attorney of Dallas County, Appeal from the United States District Court for the Northern District of Texas, No. 70-18. Argued December 13, 1971 Reargued October 11, 1972 - Decided January 22, 1973. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso\\_Roe\\_contra\\_Wade](https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Roe_contra_Wade). Acesso em: 8 ago. 2018.

<sup>100</sup> *Roe v. Wade* Decision U.S. Supreme Court ROE v. WADE, 410 U.S. 113 (January 22, 1973) 410 U.S. 113 Roe et al. versus Wade, District Attorney of Dallas County, Appeal from the United States District Court for the Northern District of Texas, No. 70-18. Argued December 13, 1971 Reargued October 11, 1972 - Decided *Roe v. Wade* Decision U.S. Supreme Court ROE v. WADE, 410 U.S. 113 (January 22, 1973) 410 U.S. 113 Roe et al. versus Wade, District Attorney of Dallas County, Appeal from the United States District Court for the Northern District of Texas, No. 70-18. Argued December 13, 1971 Reargued October 11, 1972 - Decided January 22, 1973. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso\\_Roe\\_contra\\_Wade](https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Roe_contra_Wade). Acesso em: 8 ago. 2018.

a Corte sustentou que o aborto deve estar disponível sempre que for necessário para proteger a saúde da mulher.

O caso *Roe vs. Wade* continua emblemático pelas questões levantadas. Entre elas, podem ser mencionadas: quando e em que medida o aborto deve ser considerado ilegal? quem deve decidir se o aborto é ou não ilegal? que métodos deve usar o Supremo Tribunal quando estiver adjudicando direitos constitucionais? e que papel podem ter os enfoques religiosos e morais particulares, na esfera pública? *Roe vs. Wade* transformou a política nacional, dividindo o País em pró-Roe (pró-escolha) e anti-Roe (pró-vida), inspirando um forte ativismo de ambos os lados.

Os críticos de Roe argumentaram que a decisão é ilegítima, porque desvia-se do texto e da história da Constituição, impondo a política do aborto a todos os Estados Unidos. Outra crítica argumenta que a opinião da maioria não pode reconhecer os direitos da vida fetal da concepção em diante. Os partidários de Roe, por sua vez, descrevem *Roe vs. Wade* como vital para a preservação da igualdade dos direitos da mulher, de sua privacidade e de sua liberdade pessoal<sup>101</sup>.

Com base no acima exposto, não é difícil concluir que, quando as atividades políticas do Estado não são regularmente cumpridas, ou cumpridas aquém do que lhes impõe seu dever institucional, à luz dos mandamentos estabelecidos pela Constituição, essas atividades necessitam ser submetidas ao crivo do Judiciário, aqui residindo a própria essência da judicialização política e do ativismo judicial<sup>102</sup>.

Contudo, não há como negar que, quando da realização do controle de constitucionalidade, surgem discussões acerca dos limites que devam ser impostos à jurisdição constitucional, em tema de realização dos direitos fundamentais, especialmente os de natureza social, como no caso da descriminalização do aborto, acima referido.

---

<sup>101</sup> Roe v. Wade Decision U.S. Supreme Court ROE v. WADE, 410 U.S. 113 (January 22, 1973) 410 U.S. 113 Roe et al. versus Wade, District Attorney of Dallas County, Appeal from the United States District Court for the Northern District of Texas, No. 70-18. Argued December 13, 1971 Reargued October 11, 1972 – Decide *Roe v. Wade* Decision U.S. Supreme Court ROE v. WADE, 410 U.S. 113 (January 22, 1973) 410 U.S. 113 Roe et al. versus Wade, District Attorney of Dallas County, Appeal from the United States District Court for the Northern District of Texas, No. 70-18. Argued December 13, 1971 Reargued October 11, 1972 - Decided January 22, 1973. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso\\_Roe\\_contra\\_Wade](https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Roe_contra_Wade). Acesso em: 8 ago. 2018.

<sup>102</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em <http://brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 25 abr. 2015.

Essas divergências doutrinárias são justificadas por Habermas (Procedimentalismo) e L.H. Tribe<sup>103</sup> (Substancialismo).

Exponente do Procedimentalismo, Jurgen Habermas<sup>104</sup> critica incisivamente a invasão da política e da sociedade pelo Direito, partindo da ideia de que os sistemas jurídicos, construídos a partir do final do século XX, mesmo nas democracias de massas do Estado Social, impõem visão procedimentalista do Direito. Para ele, um Tribunal Constitucional – e demais juízes – não devem ter a missão de realizar valores substanciais da sociedade, mas assegurar a existência de *procedimentos* que tornem a formação democrática da opinião, zelando para garantir que o cidadão disponha de mecanismos para compreender a natureza dos seus problemas e o modo de solucioná-los.

O Judiciário, no entender do autor, deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, reduzindo-se a proteger o processo de criação democrática do Direito<sup>105</sup>. De caráter procedimentalista também é o pensamento de John H. Ely, para quem o Tribunal Constitucional (Judiciário) só poderá realizar, imparcialmente, sua tarefa se resistir à tentação de preenchimento de espaços destinados à interpretação com juízos de valores morais<sup>106</sup>.

Opondo-se ao Procedimentalismo, L.H. Tribe<sup>107</sup> entende que a Constituição possui valores substantivos a serem implementados concretamente pelo Poder Judiciário, e indica, como exemplos, os enunciados da Constituição Mexicana, de 1787, inerentes à abolição da escravatura e à cláusula do devido processo legal. Defende o Substancialismo por meio da tese de que até mesmo o processo de participação democrática do cidadão, na formação da vontade política do Estado, contém caráter substantivo, como, por exemplo, a questão de “quem vota”, ou “um homem um voto”, e que as teorias procedimentalistas não conseguem perceber que o processo é algo em si mesmo valioso.

---

<sup>103</sup> TRIBE, L.H. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. *The Yale Law Journal*, v. 89, 1980. p.1065 e ss.

<sup>104</sup> HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.I. p.297 e ss.

<sup>105</sup> HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 297 e ss.; v. II. p. 170 e ss.

<sup>106</sup> ELY, J.H. Democracy and Distrut. *A Theory of judicial review*. Cambridge\Mass., 1980. p.133.

<sup>107</sup> TRIBE, L.H. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. *The Yale Law Journal*, v.89, 1980. p.1065 e ss.

O Procedimentalismo se propõe a assegurar a manutenção das regras do jogo democrático, deixando o cidadão livre para, dentro do espaço da política, realizar os valores substanciais da coletividade. O Substancialismo não repugna a possibilidade de ditos valores serem efetivados no plano judicial. Logo, um dado comum a procedimentalistas e substancialistas é a preocupação com a efetividade dos direitos, e também a solução se dará, obrigatoriamente, no plano institucional (respectivamente, pelo Poder Judiciário e pelo processo político)<sup>108</sup>.

De outra parte, percebe-se que a visão substancialista de condução ao Poder Judiciário de interesses sociais relevantes, outorgando-lhe legitimidade par a decisão, representa muito mais uma etapa para alcançar a ideia procedimentalista de cidadania ativa e destinada a realizar, no plano da política, os valores substanciais da coletividade. Aliás, se as normas constitucionais encerram valores, impedir que o Poder Judiciário as efetive é relembrar a discussão travada no celebre caso *Marbury v. Madison*, no qual se controverteu sobre se o juiz poderia resolver problema de incompatibilidade entre lei e Constituição. Portanto, não há como recusar ao Poder Judiciário a tarefa de realizar a Constituição, mais ainda em sociedades marcadas pela exclusão e fortes desigualdades, como é o caso do Brasil.

É o que demonstra o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, Relator do RE 581.352 AgR/AM<sup>109</sup>, que de forma lapidar afirma:

Em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional [...] os Juízes tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos, assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz e irresponsável inércia do aparelho estatal.

A partir do quanto acima descrito, não há dúvidas de que a expansão das atribuições constitucionais do Poder Judiciário tornou-se uma exigência da sociedade, no mundo contemporâneo, que tem dele reclamado um destacado dinamismo ou ativismo na defesa e efetivação de direitos fundamentais da pessoa humana.<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Jures, 2008. p. 296.

<sup>109</sup> Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/.../recurso-extraordinario-re-581352-am-stf>. Acesso em: 30 jun. 2018.

<sup>110</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-JUNIOR>. Acesso em: 13 mar. 2018.

Essa demanda, fruto de novas condições socioeconômicas, tem propiciado um crescente reconhecimento do fenômeno do controle judicial das políticas públicas, por meio de uma intervenção do Poder Judiciário na análise de programas políticos do Estado, a fim de aferir o seu cumprimento em face dos princípios e regras da Constituição. Nesse sentido, os juízes assumem o papel a eles atribuído pela Carta Maior de proferir decisões que neutralizem os efeitos nocivos provocados pela omissão Estatal, no que tange à efetivação de políticas públicas de cunho social, que impede o alcance da dignidade que deve ser atribuída a todos os seres humanos, indistintivamente.

#### 4 O ALCANCE DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Não há falar em normas constitucionais, tampouco em sua efetividade, sem que se faça uma abordagem, mesmo que breve, acerca do conceito de Constituição. Nesse sentido, é importante esclarecer que, em boa parte do mundo moderno, a ideia de Constituição é uma referência no âmbito social. Mesmo as ditaduras vestem-se de constituições,<sup>111</sup> negam que as estejam violando ou, em inegável deferência, as modificam para prosseguir seu caminho. Mais que isso, com o fracasso dos militarismos, do fundamentalismo religioso, etc., a Constituição vem tomando a forma de um repositório geral de esperanças, muitas vezes até excessivamente idealizado em suas potencialidades<sup>112</sup>.

Contudo, não se discute que haja grande dificuldade em se chegar a um conceito ideal de Constituição. Num sentido vulgar, pode-se dizer que constituição significa o modo pelo qual se constitui alguma coisa, um grupo de pessoas, etc. Significa, ainda, organização, formação. Nessa acepção, qualquer homem, qualquer objeto, qualquer coisa tem uma constituição e se encontra, de alguma maneira, constituída, formada ou organizada<sup>113</sup>.

José Afonso da Silva<sup>114</sup> leciona que o vocábulo constituição possui vários significados, tais como: (a) conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa; (b) a constituição do universo; (c) organização, formação: a constituição de uma assembleia; (d) conjunto de normas que regem uma corporação, uma instituição: a constituição da propriedade; (e) a lei fundamental de um Estado.

Para o citado autor, essas acepções exprimem a ideia de organização interna de pessoas e, conseqüentemente, de entidades. Nesse sentido, é que se diz que *todo Estado tem Constituição*, que é simples *modo de ser do Estado*<sup>115</sup>. Em conclusão, José Afonso da Silva afirma que Constituição nada mais é do que um conjunto de normas que organiza os elementos

---

<sup>111</sup> Neste ponto, é pertinente referir a celebrada classificação de Karl Loewenstein, *Teoria de La Constitución*, 1965. p. 216, a respeito das constituições, pelas quais estas podem ser ontologicamente normativas, nominais e semânticas. As ditaduras, em geral, servem-se de constituições semânticas, a respeito das quais o autor afirma: “*Si no hubiese em absoluto ninguna Constitución formal, el desarrollo fáctico del proceso Del poder no sería notablemente diferente[...] el traje no es em absoluto um traje, sino um disfraz*”.

<sup>112</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos Direitos Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 32.

<sup>113</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.9.

<sup>114</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 39.

<sup>115</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 9.



constitutivos do Estado. E que essa noção de Constituição estatal, contudo, não expressa senão uma ideia parcial de seu conceito, porque a toma como algo desvinculado da realidade social quando, em verdade, deve ser concebida como uma estrutura normativa, uma conexão de sentido, que envolve um conjunto de valores<sup>116</sup>.

Não há negar, destarte, que inúmeras acepções acerca do vocábulo “Constituição” têm sido apontadas pela doutrina brasileira. Podem ser citados, ainda, e em função de sua relevância, os ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Dirley da Cunha Júnior, o que se fará a seguir.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta que, de maneira geral, a constituição é a organização de alguma coisa. O termo, diz o autor, se aplica a todo grupo, a toda sociedade, a todo Estado. Indica a natureza específica de cada Estado. Nesse sentido, afirma que jamais houve e nunca haverá Estado sem Constituição<sup>117</sup>. Esclarece ainda que o termo “Constituição” pode designar a organização fundamental total do ente estatal, seja de cunho social, político, jurídico ou econômico. Pode-se falar, destarte, em Constituição *total* ou *integral*<sup>118</sup>.

Para Dirley da Cunha Júnior, o conceito de *Constituição estatal* ou *Constituição do Estado* desafia uma abordagem plurívoca, haja vista que ela pode se apresentar sob variados sentidos e significados, consoante a teoria constitucional que se adota.<sup>119</sup> Mas, afinal, qual o sentido a ser atribuído às constituições? Objetivando alcançar a compreensão do termo, surgiram as acepções sociológica, política e jurídica que serão relacionadas abaixo.

Ferdinand Lassale foi o expoente maior do “sociologismo” – assim entendido como uma concepção científica e uma atitude mental que, de maneira mais ou menos intensa, relativiza a política, o Direito e a cultura a situações sociais<sup>120</sup> – no campo do Direito Constitucional, ao acentuar que os fatores reais de poder que imperam no seio de cada sociedade “[...] são a força ativa e eficaz que informam todas as instituições jurídicas da sociedade em questão. Portanto, será legítimo o texto constitucional quando guardar

---

<sup>116</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 38.

<sup>117</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2001. p. 10.

<sup>118</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2001. p.11.

<sup>119</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 35.

<sup>120</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999. p. 46.

correspondência ou consonância com “os fatores reais de poder”, sendo tais fatores a Constituição real e efetiva, não passando a Constituição escrita de “uma folha de papel” quando deles dissociada<sup>121</sup>.

O exercício do poder é o instrumento real, e a Constituição o instrumento formal, à luz da teoria proposta por Lassale. Dessa forma, onde a Constituição escrita não corresponde à real, irrompe, inegavelmente, um conflito impossível de ser evitado, levando a Constituição escrita, a “folha de papel”, a sucumbir diante da “Constituição real”, àquela que corresponde às verdadeiras forças vitais do País<sup>122</sup>. Nessa linha de raciocínio, a Constituição jurídica, para ser eficaz e duradoura, deve corresponder fielmente à Constituição real e representar os verdadeiros fatores reais de poder que regem o Estado<sup>123</sup>.

Lassale<sup>124</sup> conclui o pensamento, afirmando que os problemas constitucionais, em verdade, não se traduzem em problemas jurídicos, mas sim em problemas de poder. E que a Constituição de um país – a sua Constituição real – tem por fundamento os fatores reais de poder vigentes em um Estado. As constituições escritas, por seu turno, – as folhas de papel – não têm valor nem são duráveis, a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social.

Afirma, por fim, que todas as normas constitucionais devem ser revestidas de um mínimo de eficácia jurídica e social, sob risco de se transformarem em “letra morta em papel”. Pelo princípio da máxima efetividade, diz ele, as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo a alcançarem a sua plena eficácia.

Carl Schmitt<sup>125</sup>, por seu turno, confere à Constituição um sentido político, considerando-a como decisão política fundamental, que estabelece o modo e a forma de existência da unidade política, fazendo distinção entre Constituição e leis constitucionais. Deste modo, a acepção “Constituição”, para o autor, refere-se à decisão política fundamental que define a estrutura, os órgãos do Estado, os direitos individuais, a vida democrática etc. Já as leis constitucionais, constituem-se nos demais dispositivos inscritos no texto constitucional, e que não contêm

---

<sup>121</sup> LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p.59.

<sup>122</sup> *Ibidem*. p. 47.

<sup>123</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.15.

<sup>124</sup> LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 53.

<sup>125</sup> SCHMIT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Alianza, 1992. p. 20.

matéria de decisão política fundamental<sup>126</sup>. Ou seja, atém-se Carl Schmitt ao princípio da exclusão: toda matéria que não resulte da “decisão política fundamental” oriunda de um poder constituinte, é considerada lei constitucional.

A essência da Constituição, destarte, relaciona-se a uma decisão política fundamental que sustenta toda a sua normatividade. O autor conclui a sua afirmação demonstrando que, enquanto as leis constitucionais podem ser reformadas pelo processo de reforma constitucional, geralmente previsto nas constituições normativas, as decisões políticas fundamentais – a Constituição – jamais poderão ser reformadas, por corresponderem à própria essência da Constituição, integrando a sua parte imutável.

Ainda segundo Schmitt, nas chamadas situações constitucionais de crise (estado de sítio, por exemplo), somente as leis constitucionais podem ser suspensas, nunca as decisões políticas fundamentais. Observa-se, por fim, que tais ideias se identificam com a classificação doutrinária que distingue entre Constituição material e Constituição formal. A Constituição material corresponde exatamente ao conceito de Schmitt de Constituição. A Constituição formal, ao conceito de lei constitucional.

Como bem observa Tercio Sampaio Ferraz Júnior,<sup>127</sup> o que importa é que a Constituição seja resultado de uma decisão política fundamental, pouco importando se ela corresponde ou não aos fatores reais de poder na sociedade.<sup>128</sup> Desse modo, para Schmitt, a Constituição é uma decisão política válida apenas em razão da vontade do Poder que a estabelece.

A Constituição, para Hans Kelsen,<sup>129</sup> é uma norma jurídica fundamental de organização do Estado e de seus elementos essenciais, dissociada de quaisquer fundamentos sociológicos, políticos ou filosóficos (a partir de uma concepção estritamente jurídica). Dessa forma, e objetivando explicitar e conceituar a Constituição sob uma ótica jurídica, Kelsen estabelece dois planos distintos: o lógico-jurídico e o jurídico-positivo. O plano lógico-jurídico se traduz na norma suposta, hipotética, a servir de fundamento lógico transcendental

---

<sup>126</sup> SCHMIT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Alianza, 1992. p. 20 e ss.

<sup>127</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Constituinte: assembleia, processo, poder*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 18.

<sup>128</sup> SCHMIT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Alianza, 1992. p. 20 e ss.

<sup>129</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 1.

de validade da Constituição jurídico-positiva<sup>130</sup>. Kelsen assinala que “[...] a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como Constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo”<sup>131</sup>.

Ela é o ponto de partida do processo da criação do Direito positivo. Não se trata de uma norma posta por ato de um órgão jurídico ou em função dos costumes vigentes em dado momento. Não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e, por isso, não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior.<sup>132</sup>

A norma posta (Constituição jurídico-positiva), de existência visível, material, encontra o seu fundamento de validade na norma hipotética fundamental – *Grundnorm* – (Constituição lógico-jurídica), invisível e imaterial, compreendida no comando genérico e, naturalmente aceito, consistente na obediência a tudo quanto está na Constituição<sup>133</sup>.

Kelsen concebeu o Direito como um sistema escalonado de normas jurídicas, onde as normas são estruturadas e dispostas hierarquicamente. A unidade do sistema jurídico é produto da relação de dependência e resulta do fato de a validade de uma norma jurídica – que foi produzida de acordo com outra norma jurídica – apoiar-se sobre essa norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra, e assim por diante, até alcançar-se a norma suprema, que funcione com o fundamento último de validade.<sup>134</sup> Esse fundamento último de validade é representado pela norma fundamental que, segundo o jusfilósofo, garante a unidade do Direito, na medida em que todas as normas jurídicas do sistema são conduzidas por ela. Este fundamento último de validade não pode ser questionado.

---

<sup>130</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 223-224.

<sup>131</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 222.

<sup>132</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 222.

<sup>133</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 20.

<sup>134</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 20.

Por concepção normativa da Constituição, é possível compreender, a partir do quanto acima exposto, que todas as normas constitucionais são normas jurídicas, inclusive os princípios nela inscritos. Mas qual a nota essencial da norma jurídica que se atribui às disposições constitucionais para que se possa, legitimamente, designá-las jurídicas?

Pode-se afirmar que o elemento essencial do Direito e da norma jurídica, em particular, consiste na imperatividade dos efeitos a que se propõe. Ou seja: o direito não é um fim em si mesmo, mas instrumento de pacificação e de justiça. A norma jurídica, destarte, pretende produzir algum efeito no mundo dos fatos: deseja moldar a realidade, alterá-la, modificá-la em alguma medida.

A norma geral, não apenas a jurídica, transita na seara da possibilidade e da liberdade, isto é, daquilo que é possível acontecer e do que o homem, no exercício de sua liberdade, pode decidir fazer. O elemento juridicidade vem com a capacidade que a norma possui de impor, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos, bem como, em sendo o caso, de associar algum tipo de consequência ao seu descumprimento. Essa característica, típica de cada proposição jurídica,<sup>135</sup> é designada de *eficácia jurídica*, isto é, eficácia juridicamente qualificada. Por força dela, tem-se que, desrespeitada uma norma, podem ser exigidas providências diante do Judiciário, instituição responsável por sua imposição coativa.

Essa particularidade é que distingue as normas jurídicas de todas as outras formas de proposições normativas, como as que incidem no âmbito da moralidade ou das convenções sociais. Em assim sendo, no momento em que uma norma se torna jurídica, seja ela de cunho moral, econômico, seja religioso, seu cumprimento passa a ser de observância obrigatória, inclusive para os poderes públicos, o que requer, para tanto, a existência de um aparato estatal, capaz de impor essa obediência, de forma direta ou indireta, em caso de descumprimento. Em termos práticos, pode-se dizer que é a norma fundamental que impõe obediência à Constituição de um País e às demais normas jurídicas por estarem fundamentadas. Nesse sentido, pode-se afirmar que a norma fundamental é o ponto inicial do Direito positivo.

---

<sup>135</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José de Souza e Brito e Jose Antonio Veloso. 2ª. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 214.

Quanto aos efeitos pretendidos, a imperatividade é que distingue as normas *jurídicas* das normas de *cunho social*. As normas jurídicas não são meras recomendações. Muito ao contrário, a sua observância é obrigatória, imperativa! E para garantir a imperatividade, existe a sindicabilidade, isto é, a possibilidade de exigir, pela força se necessário, o cumprimento dessa norma. A Constituição, conclui-se, é uma norma jurídica, cujos dispositivos caracterizam-se pela imperatividade e sindicabilidade.

Em verdade, a realização dos efeitos pretendidos pelas normas pode levar a uma diversidade de condutas. Essas são questões importantes, sobretudo quando se trata de disposições constitucionais. Em qualquer situação, será preciso um meio de tutela judicial, através do qual a consequência jurídica possa ser implementada e os efeitos inicialmente pretendidos, assegurados. Reafirma-se que as normas constitucionais são normas jurídicas, ainda que apresentem peculiaridades que as diferenciam dentro do sistema.

Em sendo as normas constitucionais de cunho jurídico, fato que não se questiona, compartilham todas elas o elemento essencial da normatividade, qual seja, a produção de efeitos que deverão ser coativamente exigidos, se necessário como acima mencionado. A grande questão está precisamente em procurar identificar os efeitos pretendidos pelas normas constitucionais e a eficácia jurídica associada a cada uma delas para, em seguida, fazer uso de algum meio de tutela capaz de impor seu cumprimento.

Inúmeros expoentes do direito brasileiro dedicam-se a classificar as disposições constitucionais. Na maior parte dos casos, o critério utilizado corresponde a uma relação entre “completude”, “normatividade” ou “densidade” do texto e sua capacidade de produzir efeitos de forma “autônoma”, independentemente da intervenção legislativa. Dirley da Cunha Júnior, por exemplo, assevera que há uma forte tendência em reconhecer eficácia<sup>136</sup> plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo àquelas de caráter sociológico<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 78. Segundo o autor, “[...] aplicabilidade é possibilidade de aplicação. Eficácia é capacidade de produzir efeitos. Aplicabilidade “significa qualidade do que é aplicável”. Enquanto a *vigência* refere-se à obrigatoriedade da norma e a *validade* à conformidade dela com o texto constitucional, a *eficácia* diz respeito à capacidade de produzir efeitos a que se preordenara.

<sup>137</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p.52.

O autor, inclusive, propõe uma defesa de “um efetivo controle judicial das omissões inconstitucionais do poder público, como proposta de uma dogmática constitucional emancipatória, liberta de arcaicas ideias, à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição”<sup>138</sup>.

Mas a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais tutelados pela Carta Maior, dentre eles os sociais, não é matéria incontroversa na doutrina e na jurisprudência. Nesse sentido e, para que se possa compreender os distintos posicionamentos sobre o tema, necessário se faz uma análise prévia acerca das condições de aplicabilidade das normas constitucionais.

As normas jurídicas, e em especial as constitucionais, são criadas para serem aplicadas. A aplicabilidade da norma significa, precisamente, a possibilidade de sua aplicação. A aplicação da norma nada mais é do que a sua atuação concreta, para reger as relações da vida em sociedade<sup>139</sup>. Contudo, para que uma norma possa ser aplicada, ela precisa, primeiramente, estar em vigor; depois ser válida ou legítima e, por último, ser eficaz. Esse é o entendimento de José Afonso da Silva, quando afirma que, juridicamente, a aplicabilidade das normas constitucionais “depende especialmente de saber se estão vigentes, se são legítimas, se têm eficácia. A ocorrência desses dados constitui condição geral para a aplicabilidade das normas constitucionais.”<sup>140</sup> Em resumo, pode-se afirmar que são condições de aplicabilidade das normas constitucionais: a) a vigência; b) a validade ou legitimidade; c) a eficácia.

Segundo Ortega y Gasset, “a palavra ‘vigência’ procede da terminologia jurídica, em que se fala de leis vigentes, diante das derogadas. A lei vigente é aquela que, quando o indivíduo precisa dela e a ela recorre, dispara automaticamente como um aparelho mecânico de poder”<sup>141</sup>. A vigência da norma jurídica é um *plus* que se lhe confere, além do mero existir. Ultrapassa, portanto, o momento da existência e da validade do enunciado normativo.

---

<sup>138</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 78.

<sup>139</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 76.

<sup>140</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p.53.

<sup>141</sup> ORTEGA Y GASSET, J. *O homem e a gente*. 2.ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1973. p. 298.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, por seu turno, esclarece que a expressão “vigência” exprime “a exigibilidade de um comportamento, a qual ocorre a partir de um dado momento e até que a norma seja revogada.”<sup>142</sup> Norma de vigência, além de existente e válida, é norma que se encontra, imediatamente, desde a ocorrência do sucesso no mundo físico, viável ao fenômeno da subsunção, apta a servir de plano de instrumento paradigmático de ordenação da vida coletiva.<sup>143</sup> Não há para a lei vigente a estipulação de *vacatio legis*, fenômeno que pode ocorrer entre a publicação da lei e a sua executoriedade<sup>144</sup>. Vigência é, portanto, a qualidade de uma norma regularmente promulgada e publicada. Ou seja, é a qualidade que faz a norma existir juridicamente e que a torna de observância obrigatória<sup>145</sup>.

Quanto à validade, observa-se que a norma remete a requisitos de origem *objetiva* (observância do processo legislativo específico), *subjetiva* (autoridade competente para emitir a espécie normativa) e *material*<sup>146</sup> (adequação do conteúdo da lei às normas constitucionais). Nesse ponto, vale o posicionamento de Dirley da Cunha Júnior,<sup>147</sup> para quem

Uma norma jurídica é válida quando se compadece com o sistema normativo. Considerando o escalonamento das normas que compõem o sistema jurídico, com a existência de normas superiores e inferiores, é de sustentar-se que a validade de uma norma repousa na validade de outra norma que lhe é superior, e assim sucessivamente, até chegar à Constituição, que é fonte de validade de toda ordem jurídica. É a Constituição que, em razão de sua supremacia, legítima e confere validade a todo o ordenamento jurídico. Em outras palavras, as normas jurídicas em geral valem e são legítimas, na medida em que se conformam, formal e materialmente, com as normas constitucionais.

A Constituição, entretanto, como norma suprema de uma ordem jurídica, fundamenta-se, por sua vez, em um poder legítimo cujo titular é o povo, ou seja, o poder constituinte, entendido como um poder político soberano, de caráter inicial, sem limites, autônomo e incondicionado, que cria e elabora a própria Constituição.

Portanto, a validade da norma constitucional repousa não em outra norma superior, pois não há norma superior à Constituição, mas sim no poder constituinte.

A partir desse entendimento, pode-se verificar que uma norma constitucional será aplicada se for eficaz, ou seja, que esteja apta a produzir efeitos jurídicos. Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Enquanto a vigência refere-se à obrigatoriedade da norma

<sup>142</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 197.

<sup>143</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Jures, 2008. p. 184 e ss.

<sup>144</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Jures, 2008. p. 184 e ss.

<sup>145</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 52.

<sup>146</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Jures, 2008. p.184 e ss.

<sup>147</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.78.



e a validade à conformidade dela com o texto constitucional, a eficácia diz respeito à capacidade de produzir os efeitos a que se preordenara<sup>148</sup>.

Hans Kelsen faz uma distinção entre a *validade* da norma, que ele denomina de *vigência*, de sua *eficácia*. Para o renomado autor, a validade da norma encontra-se no campo do “dever-ser”, e a sua eficácia encontra-se na seara do “ser”. Para ele, vigência é “a existência específica de uma norma<sup>149</sup>. Já a eficácia corresponde ao fato real de uma norma ser efetivamente aplicada e observada, ou seja, a circunstância de uma conduta humana conforme a norma verificar-se na ordem dos fatos.”<sup>150</sup>

Nessa perspectiva, dizer “que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirmar que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir certa conexão.”<sup>151</sup> Kelsen, contudo, afirma que um mínimo de eficácia é condição de validade da norma, pois, para ele, uma norma que “não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente)”<sup>152</sup>.

Para Paulo Barros Carvalho, a eficácia

[...] está referida à geração de efeitos jurídicos, efetiva ou potencialmente. Não se faz necessário, por certo, que a norma jurídica produza efeitos que lhe são peculiares, para que se admita a eficácia. Esta haverá de estar latente, ínsita na aptidão para desencadear as consequências jurídicas adequadas, ainda que, por motivos exógenos, tais emanações venham a não acontecer, na inteira consonância com o fato que lhes deu origem.<sup>153</sup>

A eficácia, por seu turno, não pode ser confundida com a aplicabilidade, cujo significado é qualidade do que é aplicável. No entanto, vale lembrar José Afonso da Silva, quando assevera que, para que uma norma seja aplicável, é preciso que ela tenha capacidade

<sup>148</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004. p.79.

<sup>149</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.11.

<sup>150</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.11.

<sup>151</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.11-12.

<sup>152</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 12.

<sup>153</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 7.ed.São Paulo: Saraiva, 1995.p.64.

de produzir efeitos jurídicos<sup>154</sup>. Nesse sentido, norma aplicável é o mesmo que norma juridicamente eficaz.

Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos que se conectam, “aspectos talvez do mesmo fenômeno, mas sob prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade”<sup>155</sup>. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para ser aplicada nos casos concretos, certamente falta-lhe eficácia, ou seja, não dispõe de aplicabilidade:

Resumidamente pode-se concluir com Silva Neto<sup>156</sup> que: a) a *Eficácia* é a possibilidade de a norma produzir, efetiva (*eficácia social*) ou potencialmente (*eficácia jurídica*), os efeitos peculiares adstritos pelo legislador. Destarte, e sustentando-nos na visão Kelsiana concernente ao mínimo de eficácia, tem-se, por certo, que todas as normas constitucionais são eficazes; b) a *aplicabilidade* é a qualidade do que é aplicável, com potencialidade para produção de resultados, identificando-se, assim, com a eficácia jurídica; c) *Vigência* é a qualidade da norma que se encontra apta ao desencadeamento de efeitos no que tange ao espaço e no que toca ao tempo, delimitados pela própria ordenação; d) *Vigor* corresponde ao efeito inerente à ultratividade da norma jurídica; e) a *Existência* refere-se ao fato de a norma jurídica estar no sistema, não importando se ela é eficaz, aplicável ou, em certos casos, até mesmo vigente, a exemplo de lei que ainda não se encontra em vigor por força de *vacatio legis*, apesar de existente na ordem positiva.

#### 4.1 CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Um dos maiores desafios enfrentados pela moderna dogmática dos direitos fundamentais, refere-se à busca de uma classificação desses direitos que seja, constitucionalmente, adequada. E isto se dá em função da complexa estrutura normativa desses direitos, bem como de particularidades próprias de cada ordenamento constitucional que resultam em elevado grau de dificuldade, para que se chegue a uma classificação tida como ideal.

Inicialmente, cabe mencionar que o tema eficácia das normas constitucionais há muito tem sido destaque na doutrina Pátria, especialmente a partir da Constituição federal brasileira de 1891, à luz das ideias perpetradas por Ruy Barbosa, um dos idealizadores da ordem

<sup>154</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p.3.

<sup>155</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 49-50.

<sup>156</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Jures, 2008. p. 191.

constitucional republicana. Em razão da importância que possuem, ainda hoje, cumprir relembrar alguns aspectos essenciais dessa concepção, o que se fará a seguir.

O jurista inspirou-se fortemente nos clássicos do direito constitucional norte-americano, assim como nas decisões proferidas pela Suprema Corte e outros importantes tribunais daquele país. Em decorrência disso, acolheu a distinção entre normas autoaplicáveis (ou autoexecutáveis) e normas não-autoaplicáveis (ou não autoexecutáveis), denominadas pela doutrina estaduniense, respectivamente, de normas *self-executing*, *self-acting*, ou *self-enforcing* e normas *not self-executing*, *not self-acting*, ou *not self-enforcing*.

Segundo Ruy Barbosa, as normas autoaplicáveis (ou autoexecutáveis) seriam aquelas que estariam aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente da atuação do legislador. Para tanto, o renomado jurista assevera que executáveis por si mesma, as deliberações onde “[...] não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado, por si mesmo, pela sua própria natureza, dos meios de execução e preservação.”<sup>157</sup> Afirma que uma norma constitucional é executável por si mesma “quando, completa, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta e realizar tudo o que exprime,<sup>158</sup>” referindo-se, com maior ênfase, aos direitos e garantias individuais.

De forma distinta às normas autoaplicáveis (ou autoexecutáveis) anteriormente mencionadas, refere-se às normas constitucionais não autoaplicáveis (ou não autoexecutáveis), afirmando que estas requerem uma ação do legislador para tornar efetivos os seus preceitos, visto que

[...] não revestem dos meios de acção essenciaes ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legisatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem<sup>159</sup>.

Com base nessas distinções apontadas, assegura que uma disposição constitucional é autoexecutável (*self-executing*), quando fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto, e que “não é auto-aplicável,

<sup>157</sup> BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal Brasileira (colligidos e ordenados por Homero Pires), vol. II, São Paulo: Saraiva & Cia., 1933. p. 488.

<sup>158</sup> BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal Brasileira (colligidos e ordenados por Homero Pires), vol. II, São Paulo: Saraiva & Cia., 1933. p. 492.

<sup>159</sup> BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal Brasileira (colligidos e ordenados por Homero Pires), vol. II, São Paulo: Saraiva & Cia., 1933. p.488-489.

quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas, por cujo se logre dar a esses princípios vigor de lei”<sup>160</sup>.

Por fim, e no âmbito de sua teoria sobre as normas constitucionais, Ruy Barbosa afirma que é a partir do enunciado e do conteúdo da norma, que se logrará perceber se determinado preceito constitucional é dirigido ao legislador ou se pode ser objeto de aplicação pelo Judiciário, o que, em última análise, depende da circunstância de a norma exigir, ou não, uma concretização em nível legislativo, de acordo com a sua possibilidade de, por si só, gerar efeitos jurídicos ou do fato de conter apenas princípios de cunho genérico<sup>161</sup>. E com base nesse entendimento, conclui que uma norma constitucional só é autoaplicável na medida em que, efetivamente, permite a sua aplicação o que, por sua vez, se encontra na dependência direta de seu grau de completude<sup>162</sup>.

Vale dizer, a teoria sobre as normas constitucionais importada do direito norte-americano foi, por décadas, defendida pela doutrina Pátria. Contudo, e apesar de seguir substancialmente o esquema proposto por Ruy Barbosa, Pontes de Miranda passou a sustentar uma terminologia com alguns aspectos inovadores, dentre os quais o da existência de normas bastantes em si mesmas, que independem de concretização legislativa para alcançarem sua plena eficácia, bem como de normas incompletas, isto é, não bastantes em si mesmas e que, por este motivo, reclamam a atuação do legislador infraconstitucional<sup>163</sup>.

Pontes de Miranda reconhece a existência de normas constitucionais programáticas, que estabelecem programas ou linha de direção para o futuro, “atribuindo a elas certo grau de cogência, na medida em que cerceiam a atividade do legislador que não pode contrariar o

---

<sup>160</sup> BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira* (colligidos e ordenados por Homero Pires), vol. II, São Paulo: Saraiva & Cia., 1933, p 120

<sup>161</sup> BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira* (colligidos e ordenados por Homero Pires), vol. II, São Paulo: Saraiva & Cia., 1933. p.494.

<sup>162</sup> BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira* (colligidos e ordenados por Homero Pires), vol. II, São Paulo: Saraiva & Cia., 1933. p. 492. Para fundamentar a sua posição, transcreve passagem do arresto da Suprema Corte do Estado de Washington (caso Anderson v. Whatcom County), a saber: “A questão, em cada espécie, vem a ser se a linguagem do texto constitucional se dirige aos Tribunaes ou aos legisladores. Indicará Ella que a disposição fosse destinada a constituir uma norma posta desde logo em effeito, como já completa na sua plenitude cabal de lei definitiva; Ou denotará que aguardava, para se applicar, a legislação ulterior; É o que se há de apurar, estudando-se-lhe, não só o contexto da redacção, mas também a natureza intrínseca do conteúdo. Se a natureza e extensão do direito conferido, ou do encargo imposto, se acham definidas tão inteiramente no próprio texto, que, para o averiguar, baste o exame, a intelligencia dos seus próprios termos, e se na linguagem delles não há indício nenhum de que a matéria foi confiada à acção legislativa, então se deverá concluir que a disposição é executável por si mesma”.

<sup>163</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967* (Com a Emenda n.1 de 1969).vol.I,2.ed.São Paulo: RT, 1970,p.126.

programa estabelecido pela Constituição,”<sup>164</sup> no que tange à realização dos fins sociais do Estado. De fato, a partir da década de 1950, houve, por parte da doutrina brasileira, severa crítica à teoria adotada por Ruy Barbosa, por ser ela incompatível com o direito constitucional positivo.

É que a Constituição brasileira de 1934 já possuía um cunho notadamente social e programático, aspectos que, desde então, caracterizam o constitucionalismo pátrio. Enquanto a concepção clássica partia da premissa de que a maior parte das disposições constitucionais não era diretamente aplicável sem a intervenção do legislador infraconstitucional, a doutrina atual parte da constatação de que a maioria das normas constitucionais constitui direito plena e diretamente aplicável<sup>165</sup>.

A concepção clássica, que adota a classificação das normas constitucionais em autoaplicáveis e não autoaplicáveis, foi objeto de forte crítica, por parte da doutrina, para quem a expressão “autoaplicável” transmite a falsa impressão de que essas normas não se submetem à regulamentação legislativa, quando, pelo contrário, não se discute a respeito da possibilidade de regulamentação das normas diretamente aplicáveis, para que possam ter maior executoriedade, ou com o objetivo de serem adaptadas às transformações e às circunstâncias vigentes, na esfera social e econômica.<sup>166</sup>

Por outro lado, mostra-se relevante o posicionamento dos que se opõem à concepção clássica acima apontada, pois consideram insustentável o entendimento de que as normas denominadas de não autoaplicáveis (ou não autoexecutáveis) não produzem efeito algum, uma vez que, completamente destituídas de aplicabilidade direta, argumentando que inexistente norma constitucional destituída de eficácia, na medida em que toda e qualquer norma da Constituição sempre é capaz de gerar algum tipo de efeito jurídico<sup>167</sup>.

Não há como negar, a partir de todo o acima exposto, que uma norma não autoaplicável, mesmo tendo caráter eminentemente programático e contendo princípios de natureza geral, no

---

<sup>164</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 (Com a Emenda n.1 de 1969)*. vol. I, 2. ed. São Paulo: RT, 1970. p. 126.

<sup>165</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p.76.

<sup>166</sup> TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p.313.

<sup>167</sup> TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 313-314.

mínimo estabelece alguns parâmetros para o legislador, no exercício de sua competência concretizadora.<sup>168</sup>

Foi José Afonso da Silva quem criou a clássica disposição tripartida (tricotômica) das normas constitucionais, classificando-as em: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição pela atuação do legislador e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.<sup>169</sup> O autor distingue estas últimas em: c.1) normas de princípio institutivo ou organizativo e c.2) normas de princípio programático.

Cabe salientar que essa classificação proposta por José Afonso da Silva prescreve serem as normas constitucionais de eficácia plena aquelas que, desde a sua entrada em vigor, incidem de forma direta, imediata e integral sobre as matérias que constituem o seu objeto e independem, portanto, de integração legislativa por serem dotadas de suficiente normatividade. São exemplos, a saber: artigo 2º da CF/1988, que trata da harmonia e da independência entre os poderes; o artigo 14, § 2º, a respeito da proibição de alistamento como eleitor dos estrangeiros e conscritos durante o período do serviço militar obrigatório, dentre outros.

José Afonso da Silva assevera, ainda, que não há uma metodologia própria que propicie a identificação de uma norma constitucional como sendo de eficácia plena. E admite a fixação de regras de caráter geral para tanto. Mas para que a norma tenha eficácia plena, diz o autor, ela precisa ser completa, ou seja, que tenha todos os elementos e requisitos para que a sua incidência seja direta.

Divergências doutrinárias à parte, as normas constitucionais de eficácia plena são autoaplicáveis. E a única condição para a aplicabilidade dessas normas é “a existência de um aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos”<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 314

<sup>169</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p.52.

<sup>170</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p.102.

Sobre o tema, vale descrever a posição do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do agravo de instrumento (AI) n. 396695 RJ,<sup>171</sup> cuja ementa colaciona-se:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO: CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 201, § 5º e § 6º: AUTO-APLICABILIDADE. AUXÍLIO-SUPLEMENTAR. OFENSA REFLEXA.

I. - As normas inscritas nos § 5º e § 6º, do art. 201, da Constituição Federal, são de eficácia plena e aplicabilidade imediata. O disposto no § 5º do art. 195 da Lei Maior e nos artigos 58 e 59, ADCT, não lhes retira a auto-aplicabilidade.

II. - O exame da natureza jurídica do benefício previdenciário auxílio-suplementar não prescinde do exame da Lei 6.367/76, que o instituiu. Ofensa reflexa ao texto constitucional.

III. - Agravo não provido. 2 de Dezembro de 2003  
Relator Min. CARLOS VELLOSO.

As normas constitucionais de eficácia contida, por seu turno, são aquelas que incidem de forma direta e imediata, independentemente de integração legislativa posterior, mas que preveem meios que permitem que a sua plena eficácia seja contida em certos limites, reduzindo-lhe a eficácia. Ou seja, embora não necessitem de lei integrativa para incidir, esta pode ser editada, porque assim prevista. São exemplos dessas normas as contidas no artigo 5º, incisos VIII e XIII; arts. 37, I; art. 170, parágrafo único da Carta de 1988.

O certo é que, enquanto não advier a referida lei, a eficácia é plena e a aplicabilidade é integral, por isso é que se denomina a expressão “contível”<sup>172</sup>. Por tudo isso, essas normas são consideradas de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, “porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.”<sup>173</sup> Essas restrições podem ocorrer em razão de conceitos indeterminados, tais como “ordem pública”, “segurança nacional”, “relevância”, “necessidade ou utilidade pública”, “perigo iminente,” etc., que importam contenções da sua eficácia normativa. É o que assevera José Afonso da Silva,<sup>174</sup> para quem:

I- Em regra, demandam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa tão somente a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos, sem afetar-lhes a essência. Isso significa que no exercício dessa faculdade de contenção de efeitos, não pode o legislador infraconstitucional negar a própria norma

<sup>171</sup> Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14743422/agregno-agravo-de-instrumento-ai-396695-rj>. DJ 06-02-2004 PP-00039 EMENT VOL-02138-08 PP-01635. DJ 06-02-2004 PP-00039 EMENT VOL-02138-08 PP-01635.

<sup>172</sup> TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 18º ed., rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 24. O autor prefere designá-las de redutível ou restringível.

<sup>173</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 83.

<sup>174</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p.104-105.

constitucional, esvaziando-a normativamente. Deverá respeitar a vontade constituinte que tem assegurado o conteúdo mínimo da norma

II-Enquanto o legislador ordinário não expedir a norma de contenção, sua eficácia será plena, nisso distinguindo-se das normas de eficácia limitada, uma vez que, quanto a estas, *interpositio legislatoris*, destina-se a lhes conferir plena eficácia.

III - Embora podendo ser contidas nos seus efeitos plenos, elas são de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam.

IV-Algumas dessas normas já contêm um conceito ético jurisdicizado (bons costumes, ordem pública, segurança nacional, etc.), como valor político ou social a preservar, que pode implicar a limitação de sua eficácia. Isso significa que a redução dessas normas pode advir da interpretação de um conceito desses.

V- Ademais, sua eficácia pode ainda ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (estado de sitio), por exemplo.

Como exemplo, cita-se a possibilidade de restrição ou suspensão do direito de liberdade de reunião, quando da decretação do estado de defesa ou de sítio (art. 136, §1º e 139, artigo 5º, VII, VIII, XII, XV etc., todos da Constituição Federal de 1988). Ainda segundo o jurista, as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida são aquelas que, de forma diversa das anteriormente citadas, dependem da intervenção legislativa para incidirem, porque o constituinte não lhes conferiu normatividade suficiente. Ou seja, apesar de irradiarem efeitos jurídicos que impedem disposições em contrário, elas têm aplicabilidade mediata, porque as normas assim categorizadas pedem uma lei futura que regulamente seus limites. Em face disso, são consideradas de aplicabilidade *indireta, mediata e reduzida*.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário número 641011,<sup>175</sup> adotou essa classificação, afirmando que o artigo 37, I, da Constituição Federal de 1988, por depender de norma regulamentadora para a produção plena de efeitos, é uma norma de eficácia limitada e, portanto, não autoaplicável:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE, ESTRANGEIRO, ART.37, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (COM ALTERAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19|98): NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. JULGADO RECORRIDO EM DESARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PROVIDO.

[...] o art. 37, I, da Constituição (com a alteração da Emenda Constitucional n. 19|98) tem eficácia condicionada à edição de lei regulamentadora [...].

(RE 641011, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 14/06/2011, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 21/06/2011 PUBLIC 22/06/2011).

<sup>175</sup> Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000137962&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 14 junho 2018.



Essas normas dividem-se em dois grupos, a saber: a) normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo; b) normas constitucionais de princípio programático.

Normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo são aquelas que se propõem a criar e estruturar instituições, órgãos ou entidades.<sup>176</sup> Por seu intermédio, “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.”<sup>177</sup> Possuem eficácia limitada porque dependem de lei para alcançarem a plenitude. Quer dizer, elas instituem órgãos ou entidades que necessitam do legislador para que possam ser efetivadas. São exemplos dessas normas o artigo 18, § 2º; o art. 33; o art. 90, § 2º; o art. 113, etc., todos da Constituição Federal de 1988.

Já as normas constitucionais de princípio programático são aquelas através das quais o constituinte, ao invés de regular direta e imediatamente determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos órgãos legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos, como programas das suas respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado, revelando um compromisso entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares de justiça social.<sup>178</sup> São exemplos dessas normas os artigos 7º, XX, XXVII; 21, IX; 23; 170 (Constituição de 1988).

Essas normas têm por objeto, segundo Meirelles Teixeira,<sup>179</sup> matéria de natureza essencialmente ético-social, representando o aspecto das constituições contemporâneas relativo à justiça social: melhor distribuição de riqueza, planejamento econômico, proteção dos trabalhadores, da família, prestações positivas do Estado, que se deverá organizar para fornecer a todos, indistintamente, saúde, educação, assistência, previdência social, trabalho, etc..<sup>180</sup>

A aplicabilidade plena dessas normas, sob este ponto de vista, condiciona-se à atuação do legislador infraconstitucional que, ao fazê-lo, integra a sua eficácia conferindo-lhe

---

<sup>176</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p.123.

<sup>177</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p.127.

<sup>178</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p.145-146.

<sup>179</sup> TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p. 750.

<sup>180</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p.328.

capacidade de execução. Ou seja, essas normas vão demandar integração futura. Muitas delas dependerão tão somente de algumas providências de caráter administrativo, que ponham em prática políticas públicas ou planos governamentais nelas encerradas. Como anteriormente mencionado, elas têm por objeto a disciplina dos interesses socioeconômicos, tais como a realização da justiça social e o desenvolvimento econômico. Têm eficácia limitada, mas produzem importantes efeitos jurídicos<sup>181</sup>.

Não obstante, as normas constitucionais programáticas, independentemente de regulação, têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, criando situações jurídicas de vantagem<sup>182</sup> ou de vínculo, uma vez que: a) estabelecem um dever para o legislador infraconstitucional; b) condicionam a legislação futura, implicando na inconstitucionalidade das leis ou atos que as ofendam; c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a fixação de fins sociais; d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionam a atividade discricionária da administração, do legislador e do Judiciário; f) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem<sup>183</sup>.

Como a Constituição é toda ela norma jurídica, todos os direitos fundamentais nela consagrados têm aplicabilidade direta e imediata, vinculando tanto o Judiciário quanto o Executivo e o Legislativo. Assim, as normas programáticas, mormente as atributivas de direitos sociais, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes de todos os órgãos do Poder<sup>184</sup>, o que legitima a atuação jurisdicional nesse sentido.

A classificação das normas constitucionais proposta por Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Brito parte de dois elementos distintivos, a saber: o modo de incidência das normas, que as distingue em de mera aplicação ou inintegráveis, grupo que não compartilha seu espaço com a manifestação do legislador ordinário, e normas integráveis, que admitem a convivência com

---

<sup>181</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p.150-151.

<sup>182</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.57.

<sup>183</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p.164.

<sup>184</sup> GRAU, Eros Roberto. A Constituição brasileira e as normas programáticas. In: *Revista de direito constitucional e ciência política*. Rio de Janeiro: Forense, n. 4.,p.42-43.

a vontade legislativa inferior. O segundo elemento distintivo diz respeito à eficácia, pelo qual as normas podem ser de eficácia parcial ou plena<sup>185</sup>.

Maria Helena Diniz procurou sistematizar as várias propostas em torno desse critério, apresentando uma classificação em quatro grupos: a) normas de eficácia absoluta, correspondentes às cláusulas pétreas, que independem da intervenção legislativa para produzirem efeitos; b) normas de eficácia plena que, ainda que não sejam cláusulas pétreas, também independem da participação legislativa; c) normas com eficácia relativa restringível, mas de aplicabilidade direta e imediata; e d) normas com eficácia relativa dependente de complementação legislativa, de aplicação apenas mediata, por não serem dotadas de normatividade suficiente para se aplicarem diretamente<sup>186</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello e Luís Roberto Barroso adotam uma posição jurídica, na qual defendem que as normas constitucionais investem o jurisdicionado. Além disso, os dois autores agregam à visão tradicional uma apreciação a respeito do conteúdo das próprias normas e de sua função no sistema constitucional. Resumidamente, apresenta-se a proposta de cada um deles:

Celso Antônio Bandeira de Mello divide as normas constitucionais em três grupos: a) normas concessivas de poderes jurídicos; b) normas concessivas de direitos; c) normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida.

As duas primeiras categorias, ainda que possam ou não sofrer restrições em decorrência da ação do legislador ordinário, criam para os indivíduos situações de fruição imediata, independentemente da atuação legislativa<sup>187</sup>.

Luís Roberto Barroso, por sua vez, tendo em vista a “consistência da situação jurídica dos indivíduos ante os preceitos constitucionais,”<sup>188</sup> propõe uma classificação em três grupos, a saber: a) normas de organização, as quais, ainda que possam repercutir na esfera jurídica dos indivíduos, dirigem-se principalmente ao próprio Estado; b) normas definidoras de direitos, que

---

<sup>185</sup> BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982. p.50.

<sup>186</sup> DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989. p.40.

<sup>187</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social*. Revista de Direito Público, 1991. p. 57-58: 233 e ss.

<sup>188</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 89 e ss. A ressalva justifica-se em função do amplo debate apresentado pelo autor acerca das dificuldades enfrentadas pelos chamados direitos sociais para a produção de direitos.

veiculam como regra direitos subjetivos, exigíveis prontamente; c) normas programáticas, que demandam integração legislativa.

A partir da análise das diversas classificações acima apontadas, verifica-se que os respectivos autores partem da premissa de que toda norma constitucional goza de algum tipo de eficácia, o que leva à conclusão de que todas as normas constitucionais, sejam elas de eficácia plena, contida ou seja limitada, por serem eficazes, podem ser objeto de controle jurisdicional. Especialmente no que tange às normas de eficácia limitada, ainda que carentes de legislação, impõem-se ao juiz, por dever constitucional – toda vez que a falta de lei integrativa impeça que o seu titular exerça os direitos, liberdades ou prerrogativas que a Constituição lhe outorgue – a sua aplicação direta e imediata. É o que afirma Edvaldo Brito,<sup>189</sup> para quem dada a eficácia jurídica das normas constitucionais, fonte de direitos subjetivos,

a falta da lei integrativa não impede a aplicação da norma constitucional, tanto mais a partir do texto de 1988 que lista, entre os direitos subjetivos públicos, o de impetrar mandado de injunção (artigo 5º, LXXI) toda vez que a falta de lei integrativa esteja impedindo que o seu titular exerça os direitos e liberdades que a Constituição lh

e outorga, bem assim as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Há que se concordar com J.J. Canotilho<sup>190</sup> e Dirley da Cunha Júnior<sup>191</sup> quando sustentam serem as normas constitucionais vinculativas de todos os poderes públicos. Assim, os tribunais obrigam-se a aplicar e concretizar essas normas apesar de sua eventual “abertura” ou “indeterminabilidade”.<sup>192</sup> Asseveram, ainda, que o modelo de democracia social e econômica expressa uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direção política estatal, para que desenvolvam uma atividade econômica e social conformadora. Por fim, pode-se dizer que, no seu cerne essencial, o princípio da democracia social, econômica e cultural é um *mandado*

---

<sup>189</sup> BRITO Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico e bem-estar-social*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 58.

<sup>190</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 827.

<sup>191</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.57.

<sup>192</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 827.

*constitucional juridicamente vinculativo*, que limita a *discrecionariiedade legislativa* quanto ao “se” da atuação.<sup>193</sup>

De forma paralela ao debate envolvendo a classificação das normas constitucionais, a teoria geral do direito entende que os enunciados normativos, em geral, bem como os constitucionais, podem ser classificados, *quanto à sua estrutura*, em duas categorias, a saber, princípios e regras. Essa é a opinião de Paulo Bonavides,<sup>194</sup> Eros Roberto Grau<sup>195</sup>, Luís Roberto Barroso,<sup>196</sup> entre outros. Vale também registrar as posições de Robert Alexy<sup>197</sup>, Ronald Dworkin<sup>198</sup> e J.J. Canotilho<sup>199</sup>. Inúmeros outros autores corroboram o entendimento de que,<sup>200</sup> assim como as regras, os princípios são dotados de imperatividade.

A distinção entre princípios e regras apresenta forte repercussão em toda a vida da disposição normativa: em sua interpretação individual, no ordenamento como um todo, como também em sua eficácia jurídica. Assim, e devido à relevância do tema, é preciso descrevê-lo, ainda que brevemente.

As regras, vale dizer, são enunciados que estabelecem, desde logo, os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos estes determinados e específicos. A depender do grau de complexidade do efeito pretendido, podem demandar uma única conduta (muitas vezes descrita de forma direta no próprio enunciado), que não sofrerá alteração importante em

<sup>193</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 325-326.

<sup>194</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 20ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2006. p.55.

<sup>195</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988. (Interpretação e crítica)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.92 e ss.

<sup>196</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 52 e ss.

<sup>197</sup>ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 83. “[...] las reglas y los principios serán resumidos bajo El concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con La ayuda de las expresiones deónticas básicas Del mandato, La permisión y La prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser [...]”.

<sup>198</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 95. “We might tread legal principles the way treat legal rules and say that some principles are binding as Law and must be taken into account by judges and lawyers Who make decisions of legal obligation. If we took tis tack, we should say that in the United States, at least, the ‘law’ includes principles as well as rules”.

<sup>199</sup> CANOTILHO, Joaquim Jose Gomes. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3ª.ed. Coimbra: Almedina, 1998 ,p. 1.034-5.

<sup>200</sup> É o caso dentre outros, BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, 10ª ed., 1997. p. 158-159; e ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y El Tribunal Constitucional*, 3ª ed., 1994. p. 98-99.

decorrência dos diferentes ambientes de fato, sobre os quais incidirá, ou condutas diversas, que variam em função dos fatos subjacentes, ainda que o efeito pretendido seja sempre o mesmo.

Exemplos podem ser citados de forma a esclarecer o que se afirma. A regra que proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos, produz o seguinte efeito: nenhum menor de dezoito anos poderá realizar trabalhos noturnos, perigosos ou insalubres, mesma que ainda seja necessária uma definição técnica sobre o que seja perigoso ou insalubre. A conduta que dela decorre é a de que nenhum empregador pode contratar um menor para submetê-lo a essas condições de trabalho. Como se vê, as regras proferem, desde logo, efeitos determinados, e o caminho que os liga às condutas por ele exigidas é único.<sup>201</sup>

Robert Alexy registra que, ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. E os limites jurídicos, que podem restringir a otimização de um princípio são os seguintes, a saber: a) regras que o excepcionam em algum ponto, b) outros princípios opostos que procuram igualmente maximizar-se, daí a necessidade de ponderá-los.<sup>202</sup> Desenvolvendo esse critério de distinção, Alexy denomina as regras de comandos de definição e os princípios de comandos de otimização.

Como se poderá perceber, alguns deles são mais consistentes que outros. No entanto, todos contribuem para formar um quadro mental mais preciso, menos intuitivo, acerca da distinção entre princípios e regras. Seguem, abaixo, alguns dos critérios mais comumente propostos pela doutrina para esse fim:

a) Quanto ao conteúdo: os princípios estão mais próximos da ideia de valor e de direito<sup>203</sup>. Eles formam uma exigência da justiça, da equidade ou da moralidade, ao passo que

<sup>201</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p.52 e ss.

<sup>202</sup> SCHOLLER, Heinrich. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet. Revista Interesse Público 2:93 e ss., 1999.

<sup>203</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1.034-5. Apresenta um conjunto de critérios para a distinção entre regras e princípios, a saber: a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida. b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do Juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa. c) Grau de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (Ex: princípio do Estado de Direito). d) 'Proximidade' da ideia de direito: os princípios são 'standards' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na 'ideia de direito' (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas

as regras têm um conteúdo diversificado e não necessariamente moral, Ainda no que diz respeito ao conteúdo, Rodolfo L Vigo chega a identificar determinados princípios, que denomina de “fortes”, como direitos humanos;

b) Quanto à origem e validade: a validade dos princípios decorre de seu próprio conteúdo, ao passo que as regras derivam de outras regras ou dos princípios. Assim, é possível identificar o momento e a forma como determinada regra tornou-se norma jurídica, perquirição essa que será inútil no que diz respeito aos princípios<sup>204</sup>

c) Compromisso histórico: os princípios são para muitos (ainda que não todos), em maior ou menor medida, universais, absolutos, objetivos e permanentes, ao passo que as regras se caracterizam de forma bastante evidente pela contingência e relatividade de seus conteúdos, dependendo do tempo e lugar<sup>205</sup>;

d) Função no ordenamento: os princípios têm uma função explicadora e justificadora em relação às regras.<sup>206</sup> Ao modo dos axiomas e leis específicas, os princípios sintetizam uma grande quantidade de informação de um setor ou de todo o ordenamento jurídico, conferindo-lhe unidade e ordenação<sup>207</sup>.

e) Estrutura linguística: os princípios são mais abstratos que as regras, em geral não descrevem as condições necessárias para sua aplicação e, por isso mesmo, aplicam-se a um número indeterminado de situações;

f) Aplicação: as regras têm estrutura biunívoca, aplicando-se de acordo com o modelo do “tudo ou nada”, popularizado por Ronald Dworkin.<sup>208</sup> Isto é, dado seu substrato fático típico, as regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e se aplicam,

---

com um conteúdo meramente funcional. e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

<sup>204</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 24 ss.

<sup>205</sup> VIGO, Rodolfo L. *Los principios jurídicos – perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires: Depalma, 2000. p.15.

<sup>206</sup> LARENZ, Karl. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991. p. 36.

<sup>207</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 620. Para o autor, “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

<sup>208</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 95.

ou não se aplicam por serem inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações.

#### 4.2 A APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Embora não seja matéria incontroversa na doutrina e na jurisprudência Pátria, há, hodiernamente, forte tendência em se reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo àquelas de caráter socioideológico,<sup>209</sup> o que, aliás, permite um efetivo controle judicial das omissões inconstitucionais do poder público em observância à vontade de Constituição. Pode-se mencionar o quanto estabelecido, no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, que prescreve que "*as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*".

Não se ignora, contudo, o fato de que o dispositivo constitucional pátrio que determina a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988), é passível de algumas dificuldades quanto à sua interpretação. A partir de uma análise superficial, pode-se deparar com um aparente conflito entre o que prescreve o comando normativo e a exigência de lei regulamentadora, contida em vários preceitos fundamentais, a exemplo dos que asseguram, na forma da lei, a proteção dos locais de culto e as suas liturgias, bem como a prestação de assistência religiosa às entidades civis e militares de internação coletiva (CF1988, art. 5º, VI e VII), ou o que assegura o exercício do direito de greve *nos termos e nos limites definidos em lei específica* (CF1988, art. 37, VII).

Ingo Sarlet,<sup>210</sup> ao se posicionar acerca da classificação das normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade e eficácia, afirma existirem normas que reclamam uma concretização legislativa, mas que, mesmo diante da necessidade de complementação, são dotadas de um mínimo de eficácia. Conclui que os posicionamentos de grande parte da doutrina são convergentes, neste sentido. Além disso, esclarece o autor, essas classificações revelam que o conteúdo do dispositivo é de suma importância para que se determine a sua normatividade,

---

<sup>209</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p.88.

<sup>210</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 261 e ss.



visto que “a completude da norma assume feições de verdadeiro pressuposto para a sua aplicabilidade e eficácia.”<sup>211</sup>

A partir dessa afirmação, Sarlet assevera, por fim, que existem normas constitucionais dotadas de alta densidade normativa, e de baixa densidade normativa. As primeiras – normas de alta densidade normativa – são aquelas que estão aptas, pela sua própria condição, a produzirem efeitos essenciais. As segundas, – normas de baixa densidade normativa – por seu turno, não são dotadas de normatividade suficiente para produzirem seus principais efeitos.

No que tange à previsão contida no § 1º, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o entendimento que defende que o dispositivo citado não tem o condão de “transformar uma norma incompleta e carente de concretização em direito imediatamente aplicável e plenamente eficaz,”<sup>212</sup> é equivocado, visto que “ao não distinguir os direitos fundamentais dos demais dispositivos constitucionais, torna o §1º, do art. 5º da Constituição de 1988 inexistente, “um preceito inócuo e desnecessário.”<sup>213</sup>

Pode-se afirmar, então, que a melhor exegese da norma contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição, é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, traduzindo-se, portanto, em mandado de otimização ou maximização,<sup>214</sup> impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição<sup>215</sup>.

Nessa linha de entendimento, não restam dúvidas de que o preceito em exame produz presunção favorável à aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, diferenciando-as dos demais preceitos constitucionais, bem como impondo aos órgãos de direção política *estatal* a sua aplicabilidade imediata “independentemente de qualquer medida concretizadora”, “visto que os direitos fundamentais ‘governam a ordem

---

<sup>211</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.226.

<sup>212</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 244.

<sup>213</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 244.

<sup>214</sup> O tema voltará a ser abordado quando da Teoria dos Princípios, proposta por Robert Alexy acerca dos princípios e regras bem com o que os diferencia.

<sup>215</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 10ª ed.rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.10ª ed.rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010,p.246.

constitucional’ e pensamento alheio a isso, em última análise, estaria a ‘negar’ o próprio caráter fundamental desses direitos”.<sup>216</sup>

Vale ressaltar ainda que, mesmo em sendo possível extrair do dispositivo constitucional um princípio hermenêutico, que possa servir como vetor interpretativo no âmbito dos direitos fundamentais (*princípio da máxima efetividade possível*), o mandamento consagra uma *regra geral* que prescreve serem as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais de aplicação imediata, exceto quando o enunciado normativo exigir: a) lei regulamentadora; b) que a omissão do legislador, por razões fáticas ou jurídicas, não possa ser suprida pela via mandamental<sup>217</sup>.

A par de todo o exposto, resta indubitoso que, no texto da Carta Maior de 1988, existem normas cuja efetividade condiciona-se à superveniência de lei posterior, capazes de impedir o legislador ordinário de suprimi-las, de sorte que terão eficácia paralisante dos efeitos de normas precedentes incompatíveis, o que impede quaisquer condutas que porventura contrariem o quanto estabelecem.<sup>218</sup> É que a indeterminação, quanto ao grau de abrangência de uma norma, a depender da exegese, especialmente por parte dos poderes Legislativo e Executivo, pode torná-las (as normas) impróprias aos anseios da sociedade, aumentando ainda mais a demanda por uma resposta jurisdicional efetiva.

A atuação do Judiciário, em atenção à vontade da Constituição, nesses casos, tem o condão de afastar, inequivocamente, o risco de que a Lei Fundamental seja transformada em uma mera Carta de intenções. Neste ponto, importante a explanação do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello sobre o tema<sup>219</sup>:

---

<sup>216</sup> STERN, Klaus apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed.rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 10ª ed.rev.atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.246.

<sup>217</sup> NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª. ed. ver. ampl. atual., Salvador: Juspodivm:2015. p.120.

<sup>218</sup> MORAES, Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Atlas, 2006. p.8.

<sup>219</sup> STF, RE-AgR393175|RS, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T, 12|12|2006. Disponível em [www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo414.htm](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo414.htm). Acesso em: 01 julho 2018

[...] essas normas não podem converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

RE-AgR 393175 RSDJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524. Julgamento. 12 de dezembro de 2006

Relator: CELSO DE MELLO.

Cabe dar ênfase ao quanto estabelecido pela Constituição Federal de 1988 que, no seu artigo 5º, XXXV, assevera: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Portanto, e de acordo com o preceito constitucional da inafastabilidade da jurisdição, todo e qualquer cidadão tem o direito de demandar, junto aos tribunais, o reconhecimento e a concessão de direito que entenda lhe ser devido, especialmente em face de omissão inconstitucional, por parte das entidades de direção política estatal.

É que a Carta Maior brasileira prescreve, em seu texto, um amplo repertório voltado às liberdades e garantias fundamentais atribuídas aos cidadãos. Para tanto, no seu Título II, *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, contempla as seguintes dimensões de direitos, a saber: liberdades individuais, civis e políticas, consagradas pelas revoluções do final do século XVIII, e direitos econômicos, sociais e culturais, consagrados pelas revoluções do início do século XX. Embora os direitos fundamentais estejam presentes de forma indireta em todo o texto constitucional, os de primeira dimensão encontram-se previstos nos artigos 5º, 12, 13, 14, 16 e 17. Os direitos de segunda dimensão, por seu turno, estão disciplinados nos artigos 6º ao 11, sendo também albergados no Título VII, *Da Ordem Econômica e Financeira*, e no Título VIII, *Da Ordem Social*.

## 5 OS DIREITOS SOCIAIS E AS PRESTAÇÕES SOCIAIS DO ESTADO

Impõe-se, preliminarmente, uma breve abordagem acerca das distinções existentes entre direitos de defesa e direitos a prestações de natureza fundamental. Os direitos a prestações serão analisados em suas duas vertentes, a saber: a) direitos originários a prestações (os direitos sociais originários) e b) direitos derivados a prestações (direitos sociais derivados). Posteriormente, o presente trabalho irá concentrar esforços na dimensão programática dos direitos fundamentais sociais (positivados como normas que estabelecem programas, fins e tarefas a serem implementados pelo Estado), ou como normas impositivas, para que se possa analisar a problemática relativa à possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações fáticas, o que se fará a seguir.

É sabido que, enquanto os direitos de defesa impõem um dever de abstenção por parte do Estado, dele exigindo um comportamento omissivo – um *non facere* –, no sentido de impedir o abuso do poder político estatal aos direitos fundamentais dos indivíduos, os direitos sociais, de forma diversa, têm por objeto uma prestação positiva de natureza material ou fática – *facere estatal* –, voltada a todas as pessoas, de forma a lhes garantir um mínimo existencial, proporcionando-lhes, em consequência, os recursos materiais indispensáveis ao alcance de sua dignidade.

O chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana, à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva. A partir da Constituição brasileira de 1988, o certo é que a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF 1988) tornou-se o princípio fundante da ordem jurídica e a finalidade principal do Estado, com todas as consequências hermenêuticas que esse *status* jurídico confere ao princípio.

Esse mínimo existencial que ora se concebe, é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação básica (assumindo a nova nomenclatura constitucional), a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Esses quatro pontos correspondem, como acima referido, ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário.

A Doutrina, aqui representada pela posição de Sarlet<sup>220</sup>, informa a existência de dois grandes grupos de direitos fundamentais, a saber: a) direitos fundamentais como direitos de defesa; b) direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica), que, por sua vez, se subdividem em: b1) direitos a prestações em sentido amplo (compreendendo os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento); b2) direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais ou simplesmente direitos sociais).

Vale esclarecer, por hora, que não é objetivo do presente estudo a análise de todos os aspectos inerentes à cada modalidade de positivação dos direitos fundamentais, mas tão somente à problemática de sua eficácia, para que possam ser averiguados os efeitos de natureza jurídico-objetiva e subjetiva, que estão aptos a desencadear. Isso porque a forma de positivação e as funções exercidas pelos direitos fundamentais encontram-se diretamente ligadas à sua eficácia e aplicabilidade.

Ademais, já se constatou que o grau de eficácia desses direitos está diretamente vinculado à sua densidade normativa. Por isso, deve-se perseguir o postulado da máxima eficácia possível, bem como a presunção em favor da sua eficácia plena e aplicabilidade imediata, que decorre da norma contida no art. 5º § 1º, da Constituição Federal de 1988, tanto para os direitos de defesa, quanto para os direitos de cunho prestacional.

Mas enquanto a eficácia plena dos direitos de defesa (direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantia, garantias institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais em geral), que exigem uma abstenção, um *nom facere* estatal e dos particulares (como destinatários dos direitos), não é objeto de divergência doutrinária, o mesmo não se pode dizer quando se trata dos direitos sociais, na sua dimensão prestacional.

Na esfera dos direitos de defesa, vale dizer, a norma contida no art. 5º § 1º da Constituição de 1988 tem por objetivo precípuo permitir a aplicação imediata, sem qualquer intermediação legislativa concretizadora desses direitos<sup>221</sup> e que, indiscutivelmente, são justiciáveis em havendo a sua violação. Outro argumento que justifica a tese da aplicabilidade

---

<sup>220</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 247.

<sup>221</sup> De. MIRANDA, JORGE. *Manual de direito constitucional*. vol. IV, 2. ed., Coimbra, 1993. p. 277.

imediate dos direitos de defesa é apresentado por Antônio Carlos Vieira de Andrade<sup>222</sup> para quem, em se cuidando de direito, liberdades e garantias (direitos de defesa) e em ocorrendo a falta ou insuficiência de lei, o princípio da aplicabilidade direta vale como indicador da exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua autossuficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo.

Mas, se relativamente aos direitos fundamentais de defesa inexitem divergências doutrinárias, no que diz respeito à possibilidade de serem considerados diretamente aplicáveis e aptos, desde logo a desencadear todos os seus efeitos jurídicos, o mesmo não ocorre na esfera dos direitos fundamentais a prestações, que têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário consistente, em regra, numa prestação de natureza fática (material) ou normativa. Essa é razão pela qual Canotilho<sup>223</sup> enfatiza a necessidade de “cimentar juridicamente” o estatuto jurídico-constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Haverá um direito à prestação fática<sup>224</sup> quando se supõe um direito a um mínimo vital, tais como os direitos à saúde, à educação, à assistência e à previdência social, ao salário mínimo, entre outros, constantes do artigo 6º da Carta Maior de 1988. Assim, todos os direitos que exprimem uma posição jurídica, dirigida a um comportamento ativo por parte do Estado e, conseqüentemente, não se enquadram na categoria dos direitos de defesa, são direitos fundamentais a prestações<sup>225</sup>. Ou seja, são direitos que exercem a função de *status positivus*, tendo por característica um caráter prestacional que os diferenciam dos direitos de defesa. Nesse ponto, importante ressaltar que o presente estudo se direciona aos direitos sociais prestacionais, uma vez que é exatamente sobre esses direitos que recaem os problemas que, por sua gravidade, são impeditivos do alcance de justiça social, o que se fará a seguir.

Os direitos sociais se apresentam como direitos originários e derivados a prestações. Enquanto os primeiros (originários a prestações) geram posições jurídicas subjetivas, que podem ser retiradas diretamente das normas definidoras de direitos fundamentais constantes da

---

<sup>222</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 115.

<sup>223</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 830.

<sup>224</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 427 e ss.

<sup>225</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.287.

Constituição, independentemente da atuação do legislador ordinário, os segundos (direitos derivados a prestações) correspondem a posições jurídicas subjetivas já concretizadas pelo legislativo, e que somente podem ser extraídas a partir da concretização delas pelo legislador infraconstitucional. Esses direitos derivados a prestações têm por objetivo maior garantir a todos os indivíduos a possibilidade de igual participação nas prestações materiais já existentes, com fundamento no princípio da igualdade.

Assim, se o indivíduo for privado ou impedido de exercer um direito de cunho prestacional já existente, nasce para ele um direito subjetivo<sup>226</sup> de natureza defensiva, com vistas a impedir quaisquer intromissões estatais,<sup>227</sup> garantindo-lhe o pleno acesso à prestação desejada, a exemplo dos direitos sociais constantes do artigo 6º, da Carta Maior de 1988.

## 5.1 NORMAS DE DIREITOS DE SEGUNDA DIMENSÃO

Não há falar em direitos fundamentais sem que se mencione, mesmo que brevemente, a constatação de que eles evoluem no tempo e se complementam, daí a expressão “gerações” ou “dimensões” de direitos. Isto porque o progressivo reconhecimento de novos direitos fundamentais consiste em um processo cumulativo onde não há alternância, substituição ou supressão temporal dos anteriormente reconhecidos<sup>228</sup>.

---

<sup>226</sup> O STF vem reconhecendo a existência de direito público subjetivo. Acórdão lavrado no RE 267.612-RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23.08.2000. EMENTA: “PACIENTES COM HIV/AIDS. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS, DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS, DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196). PRECEDENTES (STF)- “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por sua integridade deve velar de maneira responsável o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário a assistência médico-hospitalar. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. – A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul [...] ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput* e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade”

<sup>227</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 287.

<sup>228</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 488 e ss.

Nesse contexto, vale destacar que os direitos de primeira dimensão foram os primeiros a ser solenemente reconhecidos a partir das Declarações do século XVIII e inseridos nas constituições escritas, resultado do movimento liberal burguês existente à época. Caracterizam-se por serem direitos do indivíduo oponíveis ao Estado, de cunho, portanto, individualista, o que coincide com o surgimento do constitucionalismo moderno que reivindica, dentre outras coisas, a positivação de direitos fundamentais em documentos constitucionais.

Esses direitos presentes nos séculos XVIII e XIX correspondem às chamadas liberdades públicas dos franceses e compreendem os direitos civis (vida, liberdade, propriedade, segurança, igualdade de todos perante a lei), concebidos para a tutela das liberdades públicas (civil e política), de modo a proteger os indivíduos do arbítrio e da opressão estatal. Por se traduzirem em obstáculos à interferência estatal, foram denominados “direitos negativos ou liberdades negativas,<sup>229</sup>” por negarem ao Estado quaisquer possibilidades de intromissão na esfera privada do indivíduo. Expressam, destarte, poderes de agir, reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos, independentemente da ingerência do Estado,<sup>230</sup> correspondendo ao *status negativus*, da Teoria de Jellinek<sup>231</sup>.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, por seu turno, denominados direitos sociais, econômicos e culturais, consolidaram-se no século XX com o fracasso do Estado Liberal. Como já mencionado em capítulo anterior, à época, inúmeras transformações foram inseridas nas estruturas política e econômica das sociedades, transformações estas que se aceleraram a partir da Primeira Guerra Mundial. Em decorrência dos constantes desequilíbrios causados pela livre concorrência, bem como pela ausência de renda e preços justos, dentre outros, o Estado se viu obrigado a mudar de postura, sendo chamado a intervir nas relações socioeconômicas de modo a garantir o alcance do bem-estar e da justiça social.

Se no individualismo clássico, o Estado tinha por atribuição a não ingerência na autonomia do indivíduo, sob a ótica social, a *contrario sensu*, ele se converte no amigo que se

---

<sup>229</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 488 e ss.

<sup>230</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 488 e ss.

<sup>231</sup> JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Trad. Fernando de los Rios, Buenos Aires: Albatroz, 1981. p. 306 e ss. Segundo o autor, o *status negativus* ou *status libertatis* atribui ao indivíduo dotado de personalidade, uma esfera individual de liberdade imune à intervenção estatal. O indivíduo goza de um poder juridicamente delimitado, no qual o estado não pode interferir, salvo para garantir o exercício do próprio direito. Cuida-se de liberdades asseguradas em face do Estado, comportando uma situação de garantia frente à intromissão estatal em determinadas matérias. Jellinek salienta que a autoridade do Estado “é exercida sobre homens livres”.



vê obrigado a satisfazer as necessidades coletivas da comunidade.<sup>232</sup> Constata-se, destarte, que todas essas transformações ocorreram a partir do fracasso do Estado Liberal, que não conseguiu efetivar as conquistas formais e abstratas de liberdade e igualdade<sup>233</sup>.

São denominados direitos de igualdade porque animados pelo propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que impedem o alcance da dignidade humana.<sup>234</sup> Vale ressaltar, por fim, que esses direitos, também denominados direitos de crédito ou positivos (liberdades sociais), exigem uma constante ação estatal, no que tange à realização de políticas públicas. Compreendem, dentre outros, a liberdade de sindicalização, o direito de greve, direitos trabalhistas, tais como férias, repouso semanal remunerado e salário mínimo.

Não se pode deixar de mencionar, nesse contexto, a Constituição alemã de Weimar de 1919 que, ao prescrever direitos fundamentais, trouxe importantes avanços no que tange à evolução histórica dos direitos fundamentais com reflexos, inclusive no Brasil, tornando-se, em razão disso, a Constituição paradigma do constitucionalismo pós-Primeira Guerra e marco que separa duas épocas históricas: a do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX e a do constitucionalismo social do século XX, que com ela adquiriu expansão universal.<sup>235</sup>

## 5.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Após a Revolução Industrial do século XIX e das primeiras conquistas de movimentos sindicais em vários países, os Direitos de segunda dimensão surgiram, vale reafirmar, em nível constitucional somente no século XX, com as Constituições do México de 1917, da República Alemã de 1919 e também do Brasil de 1934, passando por um ciclo inicial de baixa normatividade e de eficácia duvidosa<sup>236</sup>.

Os direitos fundamentais sociais, indiscutivelmente, não são direitos contra o Estado, mas sim direitos que se realizam através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. São direitos fundamentais do homem dentro de um modelo de Estado que se torna

---

<sup>232</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 488 e ss.

<sup>233</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 488 e ss.

<sup>234</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 488 e ss.

<sup>235</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 488 e ss.

<sup>236</sup> KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 19.

cada vez mais social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que aos individuais<sup>237</sup>. Para tanto, o ente estatal deve definir, executar e implementar políticas públicas – nas áreas de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, moradia, dentre outras – que permitam a entrega efetiva de direitos prescritos pela Constituição a todos os indivíduos, indistintamente.

As normas programáticas de direitos sociais que, hodiernamente, são encontradas na maioria dos textos constitucionais de países europeus e latino-americanos, inclusive na Constituição Federal de 1988, define metas e fins que o legislador ordinário deve buscar concretizar. São diretamente aplicáveis e, portanto, de observância obrigatória pelos órgãos de direção política estatal. Nesse ponto, é preciso que se diga que a efetivação dos direitos sociais depende, em parte, da adoção de múltiplas e variadas medidas, sendo elas de natureza política, jurídica, social, econômica, cultural, sanitária<sup>238</sup> etc.

Nessa linha de raciocínio, a Constituição brasileira de 1988 se caracteriza como uma Carta “Social”, “Dirigente”, “Compromissária”, “promissora” e “aberta ao futuro”<sup>239</sup>, estabelecendo um plano normativo global com metas e programas que vinculam o agir do Estado e da Sociedade. Em seu Preâmbulo, a Carta de 1988 demonstra, expressamente, o seu caráter compromissório, ao afirmar ter sido elaborada para instituir um Estado Democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”

Estabelecem, ainda, como fundamentos, a “cidadania” e a “dignidade da pessoa humana” e como objetivos “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Percebe-se, ainda, uma ampliação do catálogo de direitos fundamentais na Carta de 1988 para nele incluir os direitos sociais,<sup>240</sup> direitos estes que impõem uma série de programas,

---

<sup>237</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p.19.

<sup>238</sup> CID, Benito de Castro. *Los derechos económicos, sociales y culturales*. Universidad de Leon: Secretariado de Publicaciones, 1993. p.168.

<sup>239</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2015. p.119.

<sup>240</sup> Os direitos sociais e econômicos passaram a ser previstos na Constituições brasileiras a partir da Carta de 1934, que recebeu nítida influência da Constituição alemã de Weimar de 1919.

tarefas e fins a serem realizados pelo Estado, conferindo a todos os cidadãos a possibilidade de exigir a concretização desses direitos, à luz do quanto estabelecido no art. 5º, § 1º que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, como já tratado anteriormente.

Contudo, não se pode deixar de reconhecer que algumas dessas normas precisam ser concretizadas pelo poder público, o que demonstra a abertura do texto constitucional. Tércio Sampaio Ferraz Júnior,<sup>241</sup> a respeito da abertura da Constituição de 1988, chega a afirmar que, de

[...] todas as Constituições que tivemos, a de 1988 é, certamente a mais programática. Não há quase texto prescritivo, mandamento constitucional que não se veja acompanhado de normas programáticas, de ordens ao legislador ordinário para uma efetiva regulação concretizadora. Num certo sentido pode-se dizer que a Constituição de 1988, até mesmo como texto, ainda está por se fazer.

A Constituição de 1988, portanto, desempenha aquela dupla função de garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro.<sup>242</sup> É o que assevera Dirley da Cunha Júnior para quem a Constituição de 1988:

[...] não se limita a garantir as relações existentes, mas vai além, para ser uma Constituição de uma sociedade em devir, como instrumento de direção social que está em consonância com a crescente complexidade de uma sociedade antagônica, aberta e plural. E o Direito, nesse passo, assume uma função promocional, voltada à implantação da igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais etc.[...]

Em razão disso, a Carta Maior de 1988 estabelece, no seu artigo 6º, que: “*São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*”

Bem distanciado dessa norma, o texto constitucional traz um capítulo especial sobre a Ordem Social (Título VIII), fazendo com que o jurista deva dele extrair aquilo que constitua o conteúdo dos direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais, deixando para tratar nos artigos 190-230 dos seus mecanismos e aspectos organizacionais.<sup>243</sup> Os direitos sociais do trabalho (art. 6º), educação (art. 205), moradia, saúde, cultura e assistência social (art. 203)

<sup>241</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. In: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989. p. 58.

<sup>242</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2015. p.119.

<sup>243</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21.

dependem, na sua atualização, da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica.

Mas os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, vale ressaltar, estão longe de formar um grupo homogêneo, no que diz respeito a seu conteúdo e a forma de sua positivação<sup>244</sup>. O constituinte não seguiu, na sua composição, nenhuma linha ou teoria específica, mas acabou criando um capítulo bastante contraditório no tocante à relação interna dos direitos e garantias. A redação desses artigos tão importantes está sendo considerada confusa e metodologicamente inadequada<sup>245</sup>.

A Constituição de 1988 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” (*Ausgestaltungsspielraum*). Essa função legislativa seria degradada se entendida como mera função executiva da Constituição. 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-los 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 ser cada vez mais necessária a revisão do 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, mostram-se incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais depende, naturalmente, de recursos públicos disponíveis. Normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria

---

<sup>244</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21.

<sup>245</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Direitos e garantias individuais. In: A Constituição Brasileira de 1988 – Interpretação, 1998, p. 21 ss; SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 22.

ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes. Nesse ponto, é de ressaltar que “a consolidação dos direitos sociais e sua conseqüente implementação precisa estar vinculada a uma visão sociológica e política do jurídico, assim como a uma visão jurídica da política.”<sup>246</sup>

Assim, não restam dúvidas de que o Estado brasileiro tem a obrigação de prover, diretamente, uma prestação a cada pessoa necessitada, na área de saúde, educação, moradia, etc. Os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações admitem, destarte, a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Desta forma, resta indúvidoso 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 situações materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

À luz do quanto estabelecido pela Constituição Federal de 1988, e com base nos arts. 6º a 11, os direitos sociais são agrupados em seis classes: a) direitos sociais relativos ao trabalhador; b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social; c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; d) direitos sociais relativos à moradia; e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; f) direitos sociais relativos ao meio ambiente. Há, porém, uma classificação dos direitos sociais do homem como produtor e como consumidor.

Na categoria dos direitos sociais do homem consumidor entram: os direitos à saúde, à segurança social (segurança material), ao desenvolvimento intelectual, o igual acesso das crianças e adultos à instrução, à formação profissional e à cultura e garantia ao desenvolvimento da família, que são os indicados no artigo 6º e desenvolvidos no título da Ordem Social. Entram na categoria de direitos sociais do homem produtor os seguintes: a liberdade de instituição

---

<sup>246</sup> OLIVEIRA, José Alcebíades de. Teoria Jurídica e novos direitos. No Painel: “Os dez anos da Constituição Federal: o Poder Judiciário e a construção da democracia no Brasil”. In: Anais do Seminário Democracia e Justiça – O Poder Judiciário na Construção do Estado de Direito. Porto Alegre: TJERS, 1998, 75.

sindical, o direito de greve, o direito de o trabalhador determinar as condições de seu trabalho (contrato coletivo de trabalho), o direito de cooperar na gestão da empresa (cogestão) e o direito de obter um emprego. São os previstos no artigo 7º a 11.

Mas no contexto de uma Constituição Dirigente, no qual se insere a Carta de 1988, surge o grande desafio do constitucionalismo contemporâneo, que se traduz no esforço para que esses direitos tenham força normativa suficiente, para vincular todos os seus destinatários, sob pena de quebra da unidade e identidade da Constituição, notadamente o seu núcleo compromissado com as promessas do Estado social democrático.

É que a efetivação desses direitos depende da existência de recursos financeiros ou meios jurídicos necessários a satisfazê-los. Daí se sustentar, em doutrina, que os direitos sociais se sujeitam a uma *reserva do possível*<sup>247</sup> (*Vorbehalt des Möglichen*), para significar que a efetivação dos direitos sociais depende de disponibilidade dos recursos econômicos. A doutrina nacional, lamentavelmente, vem acolhendo essa criação do direito estrangeiro, aceitando-a, indiscriminadamente, como obstáculo à efetividade dos direitos sociais.<sup>248</sup> Mas não é só. Em regra, os direitos sociais são dependentes de concretização legislativa executora das prestações que constituem seu objeto, dado o fato de que, por não disporem, em nível da Constituição, de conteúdo normativo determinado e consistente, só o legislador ordinário pode conformá-los.

### 5.3 A APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, A RESERVA DO POSSÍVEL E A DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA

A doutrina germânica e a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* entendem que o reconhecimento dos direitos fundamentais subjetivos a prestações, depende da existência de disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários à satisfação das prestações materiais que constituem o seu objeto, tais como saúde, educação, assistência, previdência, etc.. Além do mais, asseguram que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos insere-se no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, através da composição de orçamentos públicos<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 448.

<sup>248</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2015. p.119

<sup>249</sup> KRELL, Andreas Joaquim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 52.

Canotilho<sup>250</sup> chama esse limite de *reserva do possível* (*Vorberhalt des Möglichen*, para o Tribunal Constitucional Federal alemão), o que significa dizer que a efetivação dos direitos sociais depende da disponibilidade de recursos econômicos. A obrigação jurídica que vincula a atuação dos poderes públicos nessa direção, deve-se ao reconhecimento de que um direito social é um direito tutelado pela Constituição, e que se realiza através do Estado. O ente estatal precisa, necessariamente, dispor de recursos para tal mister. Em consequência, a exigibilidade judicial desse direito fica intrinsecamente condicionada ao que o Estado pode fornecer em função de suas disponibilidades,<sup>251</sup> de acordo com a máxima *ultra posse nemo obligatur*.

Nesse sentido, Jorge Reis Novais<sup>252</sup> afirma que a reserva do possível não seria uma falácia, uma vez que, havendo bens jusfundamentais protegidos de acesso financeiramente custoso, e sendo o Estado responsável por respeitar, proteger e promover esse acesso, o argumento financeiro acaba por ter relevância no plano da realização concreta dos correspondentes direitos fundamentais.

Para o autor, em termos jurídico-constitucionais, a reserva do possível significa que alguns direitos, pretensões, faculdades ou garantias integrantes de direitos fundamentais são expressa, ou implicitamente acolhidas na Constituição, sob a reserva das disponibilidades financeiras do Estado. Isto significa igualmente que, salvo aquelas situações em que a norma constitucional impõe a realização de dimensões particulares desses direitos em termos definitivos, absolutos, inequivocamente determinados, os poderes públicos podem, legitimamente, invocar o argumento financeiro como causa justificativa de afetação, restrição ou não realização plena dos direitos, sob reserva do financeiramente possível e a eventual inconstitucionalidade por violação desses direitos não pode ser apurada, sem ter devidamente em conta esse argumento.

Jorge Reis Novaes assevera, por fim, que nessa altura cabe ao Poder Judiciário, em primeiro lugar, verificar e controlar a pertinência da invocação do argumento financeiro como causa de justificação constitucionalmente admissível e não, ao contrário do que se sustenta,

---

<sup>250</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 448.

<sup>251</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 25/04/2015.

<sup>252</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2016. p. 91

verificar a existência ou a disponibilidade de recursos financeiros estatais, para dar realização do direito ou controlar o mérito político da alocação de recursos previamente operada pelo legislador, como acima mencionado.

Contudo, Dirley da Cunha Júnior<sup>253</sup> menciona que, apesar das contribuições da doutrina estrangeira acerca da “reserva do possível”, é de duvidosa pertinência a utilização de teorias jurídicas desenvolvidas e aplicadas em países de bases cultural, econômica, social e histórica próprias, para outros países cujos modelos jurídicos estão sujeitos a condicionamentos socioeconômicos e políticos completamente diferentes.

Ao mencionar o Brasil como exemplo, o referido autor descreve a Constituição Federal de 1988 como essencialmente dirigente, eis que composta de uma enorme quantidade de normas que impõem ao Estado brasileiro a realização de políticas públicas socialmente ativas, voltadas ao atendimento dessas mesmas necessidades, fixando as diretivas, metas e os mandamentos que devem ser cumpridos pelo Estado Social, na efetivação dos direitos sociais.

Em um Estado onde o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde existem cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde milhões de crianças são expostas ao trabalho escravo, sem qualquer garantia de dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo *reserva do possível*. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tenha a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação, mas os problemas de “caixa” não podem ser obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais, *pois imaginar que a realização desses direitos dependa de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero*<sup>254</sup>.

Não se pode deixar de mencionar que o Brasil é um país que se encontra entre as maiores economias do mundo, apesar de ainda possuir, em pleno século XXI, milhões de indivíduos vivendo abaixo da linha de indigência. Nesse sentido, importante o quanto asseverado pelo Supremo Tribunal Federal, para quem não é permitido ao Estado, simplesmente, invocar a

---

<sup>253</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 25/04/2015.

<sup>254</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 25/04/2015.



ausência de recursos orçamentários, devendo demonstrar de forma fidedigna e inequívoca a falta de fundos para a realização do quanto assegurado pela Carta Maior de 1988, a saber:

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto do nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A moção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art.1º ,III, e art. 3º ,III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem de assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (RE 639.337-AgrR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.2011, 2ª Turma, DJE de 15.09.2011).

O entendimento de que a reserva do possível obsta a competência do Poder Judiciário para decidir acerca da distribuição dos recursos públicos orçamentários, não se aplica ao Direito brasileiro, ante a vigente Constituição de 1988. Cabe ao legislador, a princípio, a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, essa competência não é absoluta, pois se encontra adstrita às normas constitucionais, notadamente àquelas definidoras de direitos fundamentais sociais que exigem prioridade na distribuição desses recursos, considerados indispensáveis para a realização das prestações materiais, que constituem o objeto desses direitos. Este é o entendimento do STF, a saber:

RESERVA DO POSSÍVEL X SEPARAÇÃO DOS PODERES. OBRAS EMERGENCIAIS EM PRESÍDIOS. É lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º , XLIX, da CF, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. RE 592581-RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 13.8.2015 (RE-592581)

Assim, a chamada liberdade de conformação do legislador em assuntos orçamentários 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. E a Constituição Federal de 1988 se preocupou em resguardar os recursos públicos necessários à efetivação desse padrão mínimo de dignidade.

A título de exemplo, pode-se mencionar a Emenda Constitucional (EC) número 29, de 13.09.2000, que acrescentou o §2º e incisos ao artigo 198, determinando que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios deverão aplicar, anualmente, recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, considerando, outrossim, essa reserva de recursos públicos como um princípio obrigatório a ensejar a intervenção, caso descumprido (artigo 34, VII, *e*).

Pode-se afirmar, então, que a dita liberdade de conformação do legislador encontra nítidos limites e está vinculada à observância do *padrão mínimo* para assegurar as condições materiais necessárias a uma existência digna. Isso significa, evidentemente, que não atendido esse padrão mínimo, seja pela omissão total, seja pela omissão parcial do legislador, o Poder Judiciário está legitimado a interferir – num autêntico controle dessa omissão inconstitucional<sup>255</sup> – para garantir esse mínimo existencial, visto que ele “é obrigado a agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas exigidas pela Constituição”.

Cumpra esclarecer, ademais, que não é novidade no direito brasileiro a possibilidade de o juiz intervir na competência orçamentária do legislador. Basta lembrar que, no âmbito dos direitos fundamentais de defesa, quando o juiz invalida, por inconstitucional, uma lei instituidora ou majoradora de tributo que viole um direito fundamental do contribuinte, ele está, de certa forma, interferindo na composição do orçamento público<sup>256</sup>. Em suma, nem a reserva do possível, nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento de direitos originários a prestações.

#### 5.4 O ALCANCE DO ARTIGO 60 § 4º, IV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AOS DIREITOS SOCIAIS

Inicialmente, cabe mencionar que a constitucionalização dos direitos sociais possui uma grande relevância, no que tange à afirmação do caráter normativo da Constituição, que faz com que esta condicione a validade da produção legislativa. Nos anos de 1788 e 1789, surgiram, nos Estados Unidos da América (EUA), dois textos que foram de importância ímpar para a afirmação do caráter normativo da Constituição, a saber: o *Federalist Paper*, número XXVIII,

---

<sup>255</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 25/04/2015.

<sup>256</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 25/04/2015.

redigido por Hamilton<sup>257</sup> e o “*Qu’ est-ce que le Tiers État? – O que é o Terceiro Estado?*”, escrito por Emmanuel Sieyès<sup>258</sup>.

Sieyès foi o grande responsável pelos fundamentos que culminaram na Revolução Francesa, ao distinguir poder constituinte de poder constituído, sendo este último de caráter limitado e subordinado. Isto porque, até então, a maioria das constituições traduziam-se em documentos meramente políticos. Há que se citar, ainda, a palestra proferida por Ferdinand Lassale,<sup>259</sup> em Berlim, no ano de 1863, ao apresentar a distinção entre Constituição escrita e Constituição real, apontando a prevalência desta, a saber:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder. A verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos de poder naquele país vigente e as Constituições escritas não tem valor nem são duráveis se não exprimirem fielmente os fatores de poder que imperam na realidade social: esses são os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.

Contrapondo-se veementemente ao pensamento de Lassale, Konrad Hesse, no ano de 1959, à luz de uma nova visão acerca da função dos textos constitucionais, rejeitou o entendimento da Constituição como sendo uma “mera folha de papel,” incapaz de influenciar em questões de poder. Bem ao contrário, Hesse defendeu a possibilidade de se preservar e fortalecer a força normativa da Constituição, desde que houvesse, para tanto, “vontade de constituição”, por parte da sociedade. Eis a lição de Konrad Hesse<sup>260</sup>:

[...] a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (...) Todos os interesses momentâneos ainda quando realizados não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância se revela incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.

<sup>257</sup> MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The federalist papers*. London: Penguin Books, 1987. p. 438-439.

<sup>258</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa (Qu’ est-ce que Le Tiers État?)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 34.

<sup>259</sup> LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998. p. 49.

<sup>260</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 21-22.

No entanto, o marco fundamental na afirmação da força normativa da Constituição se deu, vale dizer, a partir da introdução pela Suprema Corte Americana, no ano de 1803, do *judicial review*, ou seja, da possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade de leis, com força de retirar-lhes o suporte de validade, processo este que teve início com o Chief Justice Marshall, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison* (já citado em momento anterior deste trabalho). Nele restou demonstrado o caráter normativo da Constituição, bem como a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade de leis que lhe sejam contrárias.

Assim, a eficácia normativa que se reconhece aos dispositivos constitucionais impõe a todos que se portem conforme determinado pela Constituição federal, impedindo, por outro lado, qualquer ação ou omissão em desacordo com o referido texto, sob pena de inconstitucionalidade. O fato é que o panorama histórico, até então desenhado, fez com que as constituições deixassem de ser flexíveis como a da Inglaterra e se transformassem em constituições rígidas, com o reconhecimento de sua supremacia hierárquica, como é o caso da Constituição brasileira de 1988. No modelo brasileiro, cabe ao Judiciário, por determinação do Constituinte Originário, a atribuição de zelar pela supremacia da Constituição, exercendo, para tanto, o controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público. Mas para que se possa avançar no conteúdo ora em estudo, importante a compreensão acerca dos conceitos de Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado, o que se fará, a seguir.

Por Poder Constituinte entende-se aquele capaz de estabelecer normas constitucionais: a) sejam as de uma nova Constituição (poder constituinte originário, de caráter ilimitado e incondicionado); ou b) Poder Constituinte Derivado ou reformador (com limites formais, condicionado ao Poder Constituinte Originário). Doutrinariamente, conceitua-se poder constituinte como a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado. O poder constituinte originário é aquele que cria o direito originariamente. Pode surgir em decorrência de eventos sociais, políticos ou revolucionários. O que importa, para este estudo, no momento, é saber que dele decorrem limites que vinculam a observância do poder constituinte reformador. Por fim, esse poder é capaz de gerar todo um sistema jurídico que dá estrutura constitucional ao Estado.

O Poder Constituinte Reformador, também chamado de Poder Derivado ou instituído, surge da necessidade de se conciliar o sistema representativo com as manifestações de uma vontade soberana. É exercido quando se introduzem alterações ou Emendas à Constituição,

de acordo com o processo legislativo. Permite mudanças na Constituição, ou seja, adaptações às novas necessidades da ordem estabelecida, sem a necessidade de se recorrer ao poder originário.

O Poder Constituinte Reformador é um processo técnico de mudança constitucional. Trata-se da incumbência para alterar a Constituição, adaptá-la às exigências da evolução dos tempos. É uma necessidade de toda Constituição, uma forma eficaz de realizar as alterações necessárias, de modo a adaptar a ordem jurídica às novas realidades sociais.

O que importa saber, no momento, é que os direitos fundamentais conquistados no curso da evolução histórica da humanidade, e consagrados na ordem jurídica, não podem ser restringidos, diminuídos ou suprimidos, sem que se desrespeite o poder fundante do Estado e a dignidade humana como valor supremo. Como dito em linhas anteriores, a ordem jurídica precisa acompanhar os fatos sociais que são dinâmicos e evolutivos, e adaptar-se às novas contingências. Para tanto, os direitos sociais precisam ser protegidos por cláusulas pétreas, pois o Constituinte Originário Pátrio, ao elencar os valores supremos de um Estado Democrático de Direito, considerou os direitos sociais como categoria jurídica essencial, protegendo-os, tanto quanto os direitos civis e políticos, do poder reformador.

O Poder Reformador, como dito, é um poder limitado. Trata-se de um poder jurídico estabelecido pelo Poder Constituinte Originário, submetendo-se a limites jurídicos por ele impostos, sob pena de inconstitucionalidade. A reforma constitucional é elaborada dentro de certos parâmetros previamente estabelecidos, denominados “limites”, e que estabelecem o alcance das possíveis alterações.

Suas disposições, quanto aos limites, estão enumeradas no texto constitucional. O processo de reforma ocorre, permanentemente, sob o manto da emenda à Constituição. A Carta Magna de 1988 contém normas que preveem, expressamente, uma série de limitações à reforma de seu texto, limitações estas que garantem a continuidade dos valores eleitos como imutáveis pelo Constituinte Originário. Paulo Bonavides<sup>261</sup> afirma que as limitações podem ser divididas em três categorias: a) limites temporais; b) limites circunstanciais e c) limites materiais. A seguir, explana-se sobre cada um desses limites:

---

<sup>261</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 196-198.

a) Limites temporais: a maioria das Constituições podem ser reformadas a qualquer tempo. Entretanto, o que se observa é que mesmo podendo ser reformado, o texto constitucional limita a ação reformista. E as normas de limitação temporal de revisão constitucional não podem ser afastadas por meio de reforma da Constituição. Aduz Ingo Sarlet<sup>262</sup> que se encaixa nos limites temporais o fato da Constituição não estabelecer restrições quanto ao número de emendas a serem editadas, nem com relação ao prazo de sua elaboração. A exceção envolve o art. 60, § 1º, que trata da vedação da edição de emendas durante a intervenção federal, estado de sítio e de defesa, e o § 5º, do referido artigo, que trata da impossibilidade de reapresentação do projeto de emenda não aprovado, na mesma sessão legislativa.

Embora grande parte da doutrina prefira incluí-los como limites circunstanciais, Sarlet explica que, nesses casos, são perfeitamente enquadrados como limites temporais, tomados em um sentido mais abrangente, pois dizem respeito à fixação de prazos e oportunidades para a reforma.

b) Limites circunstanciais: as constituições estabelecem esses limites de segurança para a reforma em decorrência de circunstâncias especiais. A Carta Maior de 1988 prevê, no seu art. 60, § 1º, a imutabilidade de suas normas durante o estado de sítio, o estado de defesa ou na vigência de intervenção federal. Deste modo, em ocorrendo perturbações que coloquem em risco a segurança e a ordem pública, estão proibidas as reformas que podem, nesse momento, limitar ou até suprimir direitos, afrontando o Estado Democrático. Sendo assim, durante essas situações tidas como excepcionais ou anormais, não são permitidas alterações na Constituição;

c) Limites materiais: a limitação de cunho material significa que certos conteúdos da Constituição não se encontram à disposição do poder de reforma, sendo protegidos pelas Cláusulas Pétreas. Na Constituição brasileira vigente, o artigo 60, § 4º, dispõe que “*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.*”

---

<sup>262</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.387-388.

Os limites materiais objetivam assegurar a permanência de determinados conteúdos da Constituição tidos como essenciais,<sup>263</sup> de acordo com o entendimento do Constituinte. Vale ressaltar que os limites materiais à reforma constitucional (cláusulas pétreas) – limitações explícitas, conferidas pelo artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988 – asseguram a rigidez e a imutabilidade dos direitos fundamentais.

As cláusulas pétreas, como acima referidas, são mecanismos adotados pelo Poder Constituinte Originário para assegurar a integridade da Constituição, de modo a impedir que eventuais reformas provoquem a destruição ou o enfraquecimento do seu texto pelo Poder Reformador, estando previstas na Carta de 1988, no artigo 60, § 4º. Nesse ponto, vale uma observação: ao que parece, quando da aprovação da Constituição de 1988, os constituintes redigiram um texto que restou confuso. Em verdade, ao se referirem aos direitos individuais, estariam, por certo, referindo-se aos direitos fundamentais como um todo.

Nessa linha de entendimento,<sup>264</sup> tanto a Emenda Constitucional, quanto a Lei Ordinária que abolem ou afetem a essência protetora dos direitos sociais, padecem de inconstitucionalidade, não havendo distinção de grau nem de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais. No tocante à liberdade, ambas as modalidades são elementos de um bem maior já referido, sem o qual tampouco se torna efetiva a proteção constitucional, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Fazendo uma análise atenta da realidade político-institucional brasileira, percebe-se que o Constituinte Originário, quando da elaboração do texto de 1988, permitiu uma ampla participação popular, daí ser conclamada “Constituição Cidadã”, traduzindo-se em marco jurídico da redemocratização do País.

Vale dizer, uma Constituição substantiva, cujo denso conteúdo moral se revela, notadamente, no mais amplo elenco de direitos e garantias fundamentais já positivados no Brasil.

Os direitos fundamentais encontram-se incorporados ao patrimônio comum da humanidade, sendo reconhecidos no âmbito internacional a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas, de 1948. Esses direitos são voltados à tutela do ser humano

---

<sup>263</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.389.

<sup>264</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 20ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.642-643.

na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade). Por seu caráter fundamental, são inatos, absolutos, intransferíveis, invioláveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Surgem em decorrência dos clamores por igualdade, fraternidade e liberdade entre todos os seres humanos, indistintamente.

São, portanto, os pilares de um Estado Democrático de Direito e devido a sua relevância, estão previstos no Preâmbulo da Carta brasileira de 1988. Em verdade, o Constituinte consagrou, nos arts. 1º e 3º da Lei Maior, a dignidade do homem como valor primordial, conferindo unidade e coesão ao texto, de forma a embasar toda a interpretação das normas que o constituem. Foram elencados, nos primeiros capítulos da CF/88, inúmeros direitos e garantias individuais, sendo-lhes outorgado o patamar de cláusulas pétreas, conforme o art. 60, § 4º, inciso IV, como anteriormente mencionado.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 é inovadora, pois, ao contrário das Constituições brasileiras anteriores, cujos direitos sociais se encontravam espalhados por todo o texto, traz estes direitos no seu Capítulo II, do Título II, demonstrando, com isso, a intenção do legislador constituinte de vinculá-los aos direitos individuais. Esta inovação resta demonstrada no art. 5º, § 1º, que dispõe sobre a aplicabilidade imediata às regras definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Isso significa, indiscutivelmente, uma exequibilidade instantânea derivada da própria Constituição, com a presunção de norma pronta, acabada, perfeita e autossuficiente.

A Carta Maior brasileira estabelece, ademais, que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluirão outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte. Ou seja, os direitos e garantias fundamentais estão previstos ao longo de todo o texto constitucional e os direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais recebem o mesmo tratamento dos direitos fundamentais, passando a ter aplicabilidade imediata no direito interno.

Como sabido – o tema foi tratado em capítulo anterior – os direitos fundamentais se desenvolveram ao longo do tempo e a sua classificação em “dimensões” demonstra a existência de um processo evolutivo-cumulativo. Resumidamente, pode-se afirmar que os direitos de



liberdade, reconhecidos como de 1ª dimensão, são os direitos civis e políticos atribuídos a todos os indivíduos, oponíveis ao Estado, cujo surgimento se deu no final do século XVII.

A partir da Revolução Industrial, os indivíduos abandonaram a zona rural, passando a viver nas cidades e as vicissitudes desse período resultaram na necessidade de que o Estado, que até então tinha uma atuação omissiva, passasse a ter uma atuação comissiva, de cunho prestacional, voltado à satisfação das novas demandas sociais que se apresentavam. Surgem, então, os direitos econômicos, culturais e sociais, direitos de 2ª dimensão que brotaram após a Primeira Grande Guerra Mundial.

No final do século XX, surgem os direitos fundamentais de 3ª dimensão, direcionados à tutela do gênero humano. São os direitos de fraternidade, de solidariedade, traduzindo-se em direito ao meio ambiente equilibrado, à autodeterminação dos povos, à comunicação, à paz, entre outros. Já existem os direitos fundamentais de 4ª geração, voltados à informação, à democracia, ao pluralismo etc.

Retornando à análise dos direitos sociais, é preciso que se diga que esses direitos, por sua importância, são aqueles tidos como essenciais à consolidação de um Estado Democrático de Direito. São direitos de cunho prestacional, que impõem uma atuação positiva por parte do Estado, que deve fornecer prestações materiais de modo a possibilitar melhores condições de vida aos hipossuficientes, trazendo-os para um patamar de dignidade humana. Vinculam-se, portanto, aos direitos de igualdade. São pressupostos para a fruição dos direitos individuais, pois criam condições mais propícias ao alcance da igualdade real e do exercício efetivo da liberdade.<sup>265</sup>

Surgem, destarte, a partir da perspectiva de um Estado Social, comprometido não apenas com a preservação das liberdades, mas também com a promoção da igualdade, o que pressupõe a garantia das condições mínimas indispensáveis à própria dignidade da pessoa humana.<sup>266</sup> Enquanto os direitos de defesa – de cunho negativo – estão voltados à proteção dos indivíduos contra ingerências estatais na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais têm por objeto uma conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente

---

<sup>265</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 285-286.

<sup>266</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 261.

numa prestação de natureza fática. Enquanto os direitos de defesa têm por atribuição a limitação do poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado, para propiciar justiça e bem-estar social a todos os indivíduos pela sua simples condição de Ser Humano.

Contudo, a realização desses direitos esbarra, na grande maioria das vezes, em obstáculos quase intransponíveis, exatamente por serem dependentes de recursos orçamentários e da vontade política estatal que precisa, senão, vejamos: a) regulamentar a prestação e o gozo de tais direitos na sua extensão, forma e requisitos, o que pressupõe opções políticas; b) destinar recursos para o custeio da atuação do Estado em tais áreas, o que pressupõe sua viabilidade econômica e financeira; c) contar com a eficiência da Administração na execução dos respectivos programas, o que pressupõe dar prioridade à área social.

Neste contexto, há que se dar destaque à expressão “direitos e garantias individuais”, constantes do artigo 60, § 4º, IV da Carta Maior de 1988, que traz à baila dúvidas concernentes à inclusão ou não dos direitos fundamentais sociais e econômicos, no rol das denominadas cláusulas pétreas.

Em verdade, as limitações do art. 60, § 4º, da Constituição vigente, são limitações materiais explícitas, cláusulas pétreas, assim conformadas em sede da norma constitucional. Há, contudo, outras limitações de natureza implícita. A existência de limites materiais justifica-se em face da necessidade de que sejam preservadas as decisões fundamentais do Constituinte, evitando-se, assim, que uma reforma ampla e ilimitada possa destruir a ordem fundamental do Estado.

A garantia de determinados conteúdos previstos na Constituição por intermédio das cláusulas pétreas assume, em verdade, função dúplice, qual seja: a) proteger os conteúdos que compõem a identidade e a estrutura essenciais da Constituição, b) proteger os princípios para que não sejam esvaziados por uma reforma constitucional.

Integram a categoria de limitações implícitas, os fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, I a V), a soberania popular (art. 1º, parágrafo único), os objetivos fundamentais da República Federativa (art. 3º, I a IV), os princípios das relações internacionais

(art. 4º, I a X, parágrafo único), os Direitos Sociais (art. 6º), os princípios da Ordem Econômica (art. 170, I a IX, parágrafo único), entre outros.

O fato é que os direitos sociais se encontram na seara dos limites materialmente implícitos e, conseqüentemente, protegidos de possíveis reformas, apesar de dependentes de disponibilidades orçamentárias e da vontade política estatal. Contudo, não restam dúvidas de que o Constituinte de 1988, ao incorporar os direitos sociais no texto permanente da Constituição, como direitos fundamentais autoaplicáveis, atribuiu-lhes uma eficácia mínima —, a garantia do chamado “núcleo essencial” desses direitos —, cuja eventual não observância por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, viabiliza, inclusive, uma atuação por parte do Judiciário para a adoção de medidas indispensáveis à sua proteção e preservação. Em casos assim, não há falar em violação à Separação dos Poderes, tampouco em ameaça à Ordem Democrática, pois a preservação do núcleo essencial dos direitos sociais é garantida e assegurada pela própria Constituição.

É que o princípio da dignidade humana, fundamento maior da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF1988), vincula os órgãos de direção política estatal no sentido de que estes promovam, mediante prestações materiais, o alcance de justiça e bem-estar social a serem atribuídos a todos os indivíduos. Neste ponto, não é admissível que o legislador infraconstitucional retroceda na implementação desses direitos sociais. Obviamente que medidas adotadas, neste sentido, representam um grave retrocesso social.

A partir do acima exposto, resta importante reafirmar que a Constituição Federal, promulgada em 1988, inaugura um período de consolidação da democracia, representando um avanço em relação aos direitos individuais e sociais para a sociedade brasileira. Como Estado Democrático de Direito, o Estado brasileiro deve se transformar em instrumento a serviço da coletividade, respeitando e proporcionando condições para o exercício dos direitos da pessoa humana.

Inquestionavelmente, os direitos fundamentais sociais passaram a integrar as constituições brasileiras, principalmente a Carta Magna de 1988, que muito avançou na tutela desses direitos. Para tanto, o Poder Constituinte Originário estabeleceu cláusulas de irreformabilidade, ou seja, núcleos intangíveis que limitam o exercício do poder reformador ou derivado. Trata-se de um esforço para assegurar que eventuais reformas não provoquem a destruição daquilo que se considera essencial.

As cláusulas pétreas não se limitam apenas aos direitos relacionados ao art. 5º, alcançando também todo o Título II da Constituição Federal, além de outros dispositivos que se encontram fora dele. Os direitos sociais, por sua relevância no contexto constitucional, compõem matéria imune a intervenção do Poder Constituinte Derivado, à luz do quanto estabelecido no artigo 1º, III. Pode-se concluir, a partir do até aqui exposto, que os direitos sociais integram o artigo 60, § 4º, inciso IV, devendo a expressão “direitos e garantias individuais” ser interpretada em sentido lato, abrangendo estes referidos direitos, constantes no Título II, Capítulo II, da Carta de 1988.

A autora, neste trabalho, defende o entendimento de que o disposto no art. 60, § 4º, IV, é cláusula pétrea, e que este dispositivo constitucional inclui os direitos sociais que não poderão ser abolidos, ou restringidos de forma indevida e irresponsável. Contudo, se modificados, há de se observar o seu núcleo mínimo, a essência pretendida pelo legislador originário. Isto porque uma interpretação constitucional, que fortaleça a democracia, há de ser aquela que reconheça a primazia dos valores e princípios constantes na Constituição.

## 6 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, A OMISSÃO ESTATAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

### 6.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da Segunda Grande Guerra Mundial. Até então, vigorava um Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do Parlamento, como já referido em momento anterior.

É a partir da implementação de um Estado constitucional de direito, que a Constituição se transforma em norma jurídica, disciplinando o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelecendo limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, passa a vigorar a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, assim entendida como a primazia de um Tribunal Constitucional ou Suprema Corte, na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e a aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No Brasil, essa competência é exercida por todos os Juízes e Tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal (STF) no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações, a saber: a primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Pode-se citar, como exemplo, o direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia.

A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade), ou para atribuir a ele o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição)<sup>267</sup>. Pode-se afirmar, então, que a jurisdição constitucional compreende o poder atribuído aos juízes e tribunais para a aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e atos do

---

<sup>267</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 358 e ss.

Poder Público, bem como para interpretar o ordenamento infraconstitucional à luz da Constituição.

Nesse ponto, vale lembrar o quanto já afirmado, em capítulo anterior, que diversas objeções têm sido opostas à expansão do Poder Judiciário nos Estados constitucionais contemporâneos. Há ainda críticas (de natureza política e ideológica), acerca da legitimidade democrática dos juízes e sua atuação na defesa e proteção dos direitos fundamentais<sup>268</sup>. É possível identificar algumas dessas críticas, como a de que juízes e membros dos Tribunais não são agentes públicos eleitos e sua investidura não decorre da vontade popular. Apesar disso, quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo, o Judiciário desempenha um papel de natureza política. Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobreporem suas decisões às dos agentes políticos eleitos, gera o que a teoria constitucional denomina “dificuldade contramajoritária”<sup>269</sup>.

O Judiciário (críticas de cunho ideológico) é um Poder tradicionalmente conservador, no que tange à distribuição de riqueza no âmbito da sociedade., de que é um Poder tradicionalmente conservador, no que tange à distribuição de riqueza, no âmbito da sociedade. Assim, a judicialização funcionaria, sob esta ótica,<sup>270</sup> como uma reação das elites contra a democracia, um antídoto contra a participação popular e política majoritária.

Para evitar uma hegemonia “indesejável” do Judiciário e limitar o seu âmbito de atuação, a doutrina constitucional tem explorado duas ideias: a capacidade institucional e a capacidade de efeitos sistêmicos. A capacidade institucional defende que é preciso uma análise criteriosa para saber qual dos Poderes encontra-se, institucionalmente, mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinadas matérias<sup>271</sup>.

Isto porque, temas que envolvam aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz o árbitro mais qualificado, por falta de informação e ou

---

<sup>268</sup> Um dos principais representantes dessa corrente é Jeremy Waldron, autor de *Law and disagreement*, 1999, e *The core of the case against judicial review*, *Yale Law Journal*, 115:1346, 2006. Sua tese central é a de que, nas sociedades democráticas nas quais o Legislativo não seja “disfuncional”, as divergências acerca dos direitos devem ser resolvidas no âmbito do processo legislativo e não do processo judicial.

<sup>269</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2011. p. 358 e ss.

<sup>270</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2011. p. 358 e ss.

<sup>271</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2011. p. 358 e ss.

conhecimento científico. Exemplo: em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios que requeiram estudos técnicos.

Os defensores da ideia de efeitos sistêmicos afirmam que fatos imprevisíveis e indesejáveis recomendam que o Poder Judiciário atue com cautela. Sob esta ótica, o juiz não teria condições, apesar de preparado juridicamente, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre prestação de serviços públicos.

Cita-se, como exemplo, o setor de saúde<sup>272</sup>. Juízes têm proferido decisões emocionais acerca de fornecimento de medicamentos de alto custo, decisões estas que comprometem a alocação dos já escassos recursos públicos, desorganizando a atividade administrativa e pondo em risco a própria continuidade de políticas nessa área.

Há, por fim, uma última crítica a mencionar. O âmbito jurídico apresenta discursos e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimentos técnicos não acessíveis às pessoas. A primeira consequência drástica da judicialização, nestes casos, seria a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem, nem têm acesso ao *locus* de discussão jurídica. Ou seja, a judicialização tende a mudar o foco da discussão pública, que passa de um ambiente onde as razões podem ser colocadas de maneira aberta para um outro, altamente técnico e formal. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae*, e direito de propositura de ações direta por entidades da sociedade civil atenuam, mas não afastam o problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma<sup>273</sup> apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais.<sup>274</sup>

Dessa forma, e ainda sob esse ponto de vista, a transferência do debate público para o Judiciário acaba por politizar os tribunais, que proferem decisões motivadas pela paixão em um ambiente que deve ser regido pela razão. O exemplo mais esclarecedor a mencionar, refere-se ao caso que envolveu o processo de extradição do ex-militante italiano Cesare Battisti. Na

---

<sup>272</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2011. p. 358 e ss.

<sup>273</sup> YEPES, Rodrigo Uprimny. Judicialization of politics in Colombia, *International Journal on human rights*, v. 6, n. 49, 2007. p. 63. “O uso de argumentos jurídicos para resolver problemas sociais complexos pode dar uma impressão de que a solução para muitos problemas políticos não exige engajamento, mas em vez disso juízes e agentes públicos providenciais.”

<sup>274</sup> YEPES, Rodrigo Uprimny. Judicialization of politics in Colombia, *International Journal on human rights*, v. 6, n. 49, 2007. p. 63. “O uso de argumentos jurídicos para resolver problemas sociais complexos pode dar uma impressão de que a solução para muitos problemas políticos não exige engajamento, mas em vez disso juízes e agentes públicos providenciais”.

ocasião, assinalou o Ministro Eros Grau: “*Parece que não há condições no tribunal de um ouvir o outro, dada a paixão que tem presidido o julgamento do caso.*”<sup>275</sup>”

Apesar das críticas acima expostas, não restam dúvidas de que a jurisdição é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa<sup>276</sup> das decisões políticas e coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de contraponto e complemento, especialmente, em países que possuem uma democracia recente, como o Brasil, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso e que apresenta, como característica marcante, um Executivo hegemônico e um frágil sistema representativo<sup>277</sup>.

Apesar dos desafios jurídicos e políticos acima apresentados, a jurisdição constitucional é considerada, nos Estados constitucionais, a principal garantia judicial da supremacia da Constituição e da concretização das normas constitucionais, especialmente das normas jusfundamentais. A efetividade dos direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais, depende, vale dizer, de uma jurisdição constitucional que assegure uma ampla fiscalização da constitucionalidade das ações e, em especial, das omissões do Estado concreta e abstrata, difusa e concentrada, sucessiva e preventiva.<sup>278</sup>

Concluindo, pode-se afirmar que, apesar de seu perfil contramajoritário, a jurisdição constitucional não contraria o Estado Democrático, alinhando-se, integralmente, à exigência da divisão das funções políticas estatais, servindo de instrumento essencial ao alcance da justiça social em benefício de grupos minoritários e dos direitos da pessoa humana em diversos países do mundo.<sup>279</sup> É o que leciona Dirley da Cunha Júnior para quem:

A supremacia da Constituição deve ser considerada como o fundamento jurídico que serve de lastro para o próprio Estado Democrático de Direito, seja porque assegura o respeito à ordem jurídica, seja porque proporciona a efetivação dos valores sociais. A Jurisdição Constitucional, entretanto, a par de assegurar a superioridade e força normativa da Constituição, também se apresenta como um relevante meio de conter os excessos, abusos e desvios de poder. Ao revés de apontar dúvidas quanto à legitimidade da Jurisdição Constitucional, deve-se ter em mente que, hodiernamente,

<sup>275</sup> Caso Battisti expõe crise no STF. In: O Estado de São Paulo, 22.11.2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/.../mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim>. Acesso em: 29 jul. 2018.

<sup>276</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 358 e ss.

<sup>277</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2011. p. 358 e ss.

<sup>278</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade, teoria e prática*. 8ª. ed. rev., ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p.74.

<sup>279</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade, teoria e prática*. 8ª. ed. rev., ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p.74.



a existência da Jurisdição Constitucional torna-se um requisito de legitimação e credibilidade política dos próprios regimes constitucionais democráticos, haja vista que a ideia de Justiça Constitucional passou a ser progressivamente compreendida como elemento necessário da própria definição do Estado Democrático de Direito”. “[...] a ideia de soberania do Legislativo, em razão da representatividade popular, e da separação de Poderes, com a submissão do Judiciário à lei, cederam espaço para o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, que se assenta num regime democrático e na garantia dos direitos fundamentais, onde a Jurisdição Constitucional é nota essencial. Com efeito, a soberania do Legislativo foi substituída pela soberania e supremacia da Constituição, em face da qual o Legislativo é um Poder constituído e vinculado pelas normas constitucionais, e o dogma da Separação de Poderes foi superado pela prevalência dos direitos fundamentais ante o Estado. Destarte, o constitucionalismo contemporâneo encarece um Estado Democrático de Direito construído sobre os pilares do regime democrático e dos direitos fundamentais, de tal modo que as Constituições contemporâneas imunizam-se contra as próprias maiorias, quando estas não estão a serviço da realização dos direitos fundamentais ou tendem a sufocar as minorias.

Nesse ponto, cumpre uma referência à “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição,” de Peter Habermas, que propõe a adoção de uma hermenêutica constitucional que se adegue a uma sociedade pluralista, aberta, pressupondo a integração da realidade no processo de interpretação da Constituição.<sup>280</sup> O processo constitucional, por conseguinte, torna-se parte do direito de participação democrática, onde todos os cidadãos estão envolvidos de tal modo, que a interpretação constitucional é, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e elemento formador dessa mesma sociedade. Entretanto, Habermas<sup>281</sup> esclarece que:

Subsiste sempre a responsabilidade da Jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação. Cuida, tal proposta, de uma democratização da interpretação constitucional, o que corresponde a uma democratização da jurisdição constitucional, já que esta deve levar necessariamente em conta a opinião pública.

A despeito de ser contramajoritária em relação aos atos do parlamento, a jurisdição constitucional não viola o princípio democrático, uma vez que sua autoridade origina-se da supremacia popular e, para tanto, assume a atribuição de defesa das minorias e a promoção dos valores substantivos consagrados no Estado Democrático. A justiça constitucional, conforme Capelletti,<sup>282</sup> expressa a própria vida, a realidade dinâmica, o vir a ser das “Leis

<sup>280</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade, teoria e prática*. 8. ed. rev., ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 74.

<sup>281</sup> HABERMAS, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1997. p.14.

<sup>282</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1992. p.131.

Fundamentais”. Consiste, em última instância, em um instrumento promotor da felicidade humana<sup>283</sup>.

Se essa legitimidade já é inequívoca quando a jurisdição constitucional tem por objetivo a invalidação de um ato positivo do poder público, o mesmo ocorre quando a atuação jurisdicional incide sobre as ações e omissões deste Poder, especialmente quando invalida a lei por inconstitucionalidade, pois nesse caso, o juiz estará superpondo sua interpretação da Constituição à interpretação do legislador, assegurando que a lei, um ato positivo do Poder Legislativo, é incompatível com a Carta Constitucional.<sup>284</sup> Já quando controla a omissão para supri-la, o juiz atua supletivamente, agindo provisória e secundariamente,<sup>285</sup> onde o legislador infrator não agiu, inexistindo, nesse caso, superposição de Poderes.

Assim, se a lei inconstitucional deve ser invalidada e privada de eficácia, da mesma forma devem-se suprir as omissões inconstitucionais, especialmente porque, por força de um dever jurídico constante na Constituição, não existe liberdade de não conformação por parte do poder público, em razão de a omissão normativa impedir o desfrute de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados<sup>286</sup>. Isso é ainda mais verdadeiro em um Estado Social, onde a realização dos direitos fundamentais à prestação depende, fundamentalmente, da intervenção do poder público, especialmente no que tange aos direitos sociais prestacionais.

Cumprе esclarecer, nesse ponto, que não é apenas a ação normativa do poder público que pode violar a Constituição. A sua abstenção indevida também pode violar o Texto Supremo, o que resultará em uma inconstitucionalidade por omissão. Ou seja, a necessidade de respeitar a Constituição não se satisfaz apenas com a atuação positiva, em conformidade com os seus preceitos. Hodiernamente, exige-se mais, por omitir, total ou parcialmente, a aplicação de

---

<sup>283</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade, teoria e prática*. 8ª. ed. rev., ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p.75.

<sup>284</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.389.

<sup>285</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 389.

<sup>286</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 389.

normas constitucionais quando a Constituição assim determina, também constitui conduta inconstitucional.<sup>287</sup>

A doutrina identifica espécies de inconstitucionalidade: total ou parcial, direta ou indireta, superveniente ou originária, cuja diferenciação, em face de sua relevância, deve ser descrita, mesmo que brevemente, o que se fará a seguir.

A inconstitucionalidade será total quando albergar a íntegra do diploma legal impugnado. Será parcial quando recair sobre um ou vários dispositivos, ou sobre fração de um deles. A lei não perde, contudo, sua validade jurídica por subsistirem outros dispositivos que lhe dão razão para existir. Como regra, será total a inconstitucionalidade resultante de um vício formal, seja por defeito de competência ou de procedimento.<sup>288</sup> A inconstitucionalidade material, por sua vez, poderá macular a totalidade do ato normativo ou apenas parte dele.

A inconstitucionalidade será direta quando há, entre o ato impugnado e a Constituição, uma antinomia. Será indireta quando o ato, antes de contrastar com a Constituição, entrar em conflito com uma lei. Por fim, diz-se que a inconstitucionalidade será originária quando resultar de defeito congênito da lei:<sup>289</sup> no momento de seu ingresso no mundo jurídico, ela era incompatível com a Constituição em vigor, quer do ponto de vista formal ou material.

A inconstitucionalidade será superveniente quando resultar do conflito entre uma norma infraconstitucional e o texto constitucional, decorrente de uma nova Constituição ou de uma emenda. Vale assinalar, contudo, que não existe, no direito brasileiro, inconstitucionalidade formal superveniente: a lei anterior subsistirá validamente e passará a ter *status* da espécie normativa reservada pela nova Constituição para aquela matéria. Já a inconstitucionalidade material superveniente resolve-se em revogação da norma anterior.<sup>290</sup>

Contudo, é necessário enfatizar que não é toda e qualquer omissão do poder público que resultará em inconstitucionalidade. Só haverá omissão inconstitucional se a medida omitida for

---

<sup>287</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 118 e ss.

<sup>288</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 49. “Há, todavia, exceções. Uma lei ordinária pode ter, por exemplo, um específico dispositivo que trate, indevidamente, a lei complementar. Ou uma lei federal que pode ter um artigo determinado que interfira, ilegitimamente, com competência legislativa estadual.

<sup>289</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2011. p. 62 e ss.

<sup>290</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2011. p. 57.

essencial à exequibilidade da norma constitucional, em havendo uma abstenção indevida, ou seja, se o Poder Público não fizer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado<sup>291</sup> a fazer, por imposição de norma “certa e determinada.”

De observar-se que a inconstitucionalidade por omissão não se verifica em face de um sistema constitucional em bloco, mas sim em face de norma constitucional específica, cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da Constituição.<sup>292</sup>

Dessa forma, não basta um dever de legislar e atuar, sendo necessária uma imposição constitucional ou ordem de legislar,<sup>293</sup> abstrata ou concretamente, mas reitera-se, definida em norma certa e determinada.

Por tudo isso, anuncia-se um acerto, que a omissão, para ser relevante, deve guardar conexão com uma exigência constitucional de ação.<sup>294</sup> a Constituição determina que uma atuação do poder público, que simplesmente não se realiza ou não se realiza a contento. Logo, só há falar em omissão inconstitucional quando existir o dever constitucional de ação.

Reconhecem-se como pressupostos da inconstitucionalidade por omissão: a) que a violação da Constituição decorra do não cumprimento de “certa e determinada” norma constitucional; b) que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma (normas constitucionais de eficácia limitada) e c) que, na circunstância concreta da prática legislativa, faltem as medidas necessárias para tornar exequível aquela norma constitucional<sup>295</sup>.

No Brasil, a inconstitucionalidade por omissão só se tornou reconhecida de forma expressa a partir da Constituição de 1988. Embora tenha a Carta Suprema brasileira recebido

---

<sup>291</sup> ROIG, Rafael de Asis. *Deberes y obligaciones em La Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p.130.

<sup>292</sup> MIRANDA, JORGE. *Manual de direito constitucional*, vol. IV, 2. ed. Coimbra, 1993. p. 518-519. “A inconstitucionalidade por omissão [...] não se afere em face do sistema constitucional em bloco. É aferida em face de uma norma cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da Constituição. A violação especifica-se olhando a uma disposição violada, e não ao conjunto de disposições e princípios”.

<sup>293</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 968. Canotilho distingue as *ordens de legislar das imposições constitucionais*, embora sustente que o não cumprimento de ambas caracteriza uma omissão inconstitucional. Assim, para o autor, enquanto as “imposições constitucionais são determinações *permanentes* (ex: fixação e atualização do salário mínimo; garantia de um ensino básico universal, obrigatório e gratuito, etc.), as “ordens de legislar” são determinações *únicas* (ex.: criação de uma nova instituição, como uma Corte Constitucional, uma vez que essa imposição se esgota logo que ocorra publicação da lei sobre a organização e funcionamento deste Tribunal.

<sup>294</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 118 e ss.

<sup>295</sup> MIRANDA, JORGE. *Manual de direito constitucional*. vol. IV, 2. ed., Coimbra, 1993. p. 518.

forte influência da Constituição Portuguesa, ela trouxe significativos avanços em relação àquela por albergar, em seu texto, três ações constitucionais especiais para o controle da omissão inconstitucional: o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, por considerar omissão qualquer medida advinda dos órgãos políticos estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário –, inclusive administrativos, que se recusem a cumprir as imposições ou ordens de legislar constitucionalmente estabelecidas.

De pronto, a Constituição brasileira prevê a inconstitucionalidade por omissão, com os seus respectivos instrumentos especiais de controle, em três dispositivos, a saber: “Art.5º (...) LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”; “Art. 102 (...) § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.; “Art. 103 (...) § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida a tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Percebe-se, a partir dos dispositivos constitucionais acima transcritos, que a Constituição brasileira reconhece a categoria da inconstitucionalidade por omissão, instituindo os meios jurídico-processuais de seu controle, admitindo, vale dizer, que o comportamento omissivo inconstitucional possa estar ligado a atos de natureza normativa ou não, podendo existir, destarte, em face de quaisquer funções oriundas do legislativo, da administração e também do Judiciário.

Neste trabalho resultante de pesquisa bibliográfica, defende-se a tese de que o Poder Judiciário deve, no exercício da jurisdição constitucional, integrar a ordem jurídica e suprir a omissão inconstitucional dos órgãos de direção política, realizando um efetivo controle dessa omissão. Não estão em jogo, aqui, as oscilações político-partidárias, mas sim a imperatividade da Constituição e o respeito pela vontade popular, fonte do maior de todos os Poderes: o Poder

Constituinte!<sup>296</sup> Isto porque, inequivocamente, os ideais de um Estado Constitucional Democrático de Direito exigem uma postura firme e coerente por parte do Poder Judiciário!

Por fim, pode-se afirmar que, no Estado Constitucional Democrático de Direito, o poder público obriga-se, por força normativo constitucional, à adoção de todas as medidas necessárias à concretização das imposições constitucionais. Essa conclusão leva a outra: no Estado Constitucional Democrático de Direito, a proteção jurídica há de ser global e eficiente, sem lacunas,<sup>297</sup> o que pressupõe, nos casos de omissão inconstitucional, o reconhecimento de um direito público subjetivo, atribuído ao cidadão para que ele possa exigir uma atuação positiva do legislador (inclusive um direito à legislação), e dos demais poderes do Estado.

Por tudo isso, e devido à importância da jurisdição constitucional como instrumento de garantia da efetividade dos direitos sociais, é que devem ser analisados os instrumentos para o controle das omissões estatais, mesmo sem a pretensão de se esgotar o tema, o que se fará a seguir.

## 6.2 INSTRUMENTOS PARA O CONTROLE DA OMISSÃO ESTATAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

De início, cabe mencionar que o presente trabalho não se direciona ao esgotamento do tema referente aos modelos de controle de constitucionalidade, bem como dos instrumentos para o controle da omissão Estatal, o fazendo de forma breve, a seguir.

Como já consignado anteriormente, para que possa haver a defesa de uma Constituição formal e suprema, e a efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, é preciso que sejam instituídos, pela própria Constituição, um ou mais órgãos com função jurisdicional ou política, com competência atribuída pela própria Constituição para o controle da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público.

No Brasil, desde a Constituição de 1891 até a atual de 1988, cumpre ao Poder Judiciário, por influência da doutrina da *judicial review of legislation*, oriunda do direito norte-americano,

---

<sup>296</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 118 e ss.

<sup>297</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 381 e ss

o controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público, o qual deve ser compreendido como uma atividade de fiscalização da validade e conformidade dessas leis e atos com uma Constituição rígida<sup>298</sup>.

Duas são as premissas necessárias à existência do controle de constitucionalidade, a saber: a supremacia e a rigidez constitucionais. Por rigidez constitucional entende-se a existência de um processo mais dificultoso, no que tange à modificação das normas constitucionais em relação às normas jurídicas infraconstitucionais. Dessa rigidez emana, conseqüentemente, o princípio da supremacia da Constituição, o qual a eleva ao ápice do sistema jurídico do País, conferindo-lhe validade.

A supremacia da Constituição – assim entendida como princípio jurídico que atribui à Constituição força vinculante – revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema normativo, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. Ela se traduz no fundamento de validade de todas as demais normas. Dessa forma, e por força de tal supremacia, nenhuma lei ou ato normativo poderá se manter, validamente, se não estiver em conformidade com a Constituição.

Contudo, haveria um comprometimento dessa supremacia constitucional se não existisse um sistema, delineado pelo próprio texto constitucional, capaz de manter a superioridade e força normativa da Constituição, afastando toda e qualquer norma que venha a agredir os preceitos fundamentais. É nesse contexto que avulta a importância do controle de constitucionalidade, que tem por fundamento, dentre outros, a proteção dos direitos sociais das minorias carentes de um padrão mínimo de dignidade humana.<sup>299</sup> O controle de constitucionalidade, portanto, revela-se como uma importante garantia da supremacia da Constituição.

A propósito, para Clèmerson Merlin Clève<sup>300</sup> o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos exige os seguintes pressupostos: “a) existência de uma Constituição formal;

---

<sup>298</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 381 e ss.

<sup>299</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 381 e ss.

<sup>300</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual., ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 28-34.

b) a compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental; c) instituição de, pelo menos, um órgão com competência para o exercício dessa atividade de controle”.

Cabe lembrar que, no Brasil, desde a Constituição de 1891 até a atual de 1988, cumpre ao Poder Judiciário, por influência da doutrina da *judicial review of legislation*, oriunda do direito norte-americano, o controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público. Para tanto, a Constituição de 1988 aperfeiçoou o sistema judicial de controle de constitucionalidade, combinando o controle por via incidental e difuso (sistema americano), com o controle por via principal e concentrado (sistema continental europeu).

Pelo método difuso incidental, todo e qualquer Juízo ou Tribunal pode exercer, em havendo uma demanda *in concreto*, o controle da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público. Tal controle pode ocorrer por intermédio de qualquer ação comum, dirigida a qualquer Juízo ou Tribunal, ou por intermédio do mandado de injunção, que se traduz em uma ação especial de controle das omissões inconstitucionais do poder público, inserido no ordenamento jurídico pátrio, posto à disposição dos cidadãos, a fim de se ver garantida a concretização dos direitos que lhes são assegurados, no texto da Constituição Federal de 1988.

No direito brasileiro, a fiscalização incidental da constitucionalidade, no entender de Dirley da Cunha Júnior,<sup>301</sup> pode ser provocada e suscitada:

a) pelo autor, *na inicial de qualquer ação*, seja de que natureza for: civil, penal, trabalhista, eleitoral e, principalmente, nas ações constitucionais de garantia, como mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública, qualquer que seja o tipo de processo e procedimento (processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar) ou b) pelo réu, *nos atos de resposta* (contestação, reconvenção e exceção) ou nas *ações incidentais de contra-ataque* (embargos à execução, embargos de terceiros, etc.).

A jurisdição constitucional incidental de índole subjetiva pode ser provocada, ainda, através da interposição de remédios constitucionais, devido à celeridade de seu procedimento. Entre os remédios mais utilizados no controle incidental, sobretudo no controle concreto das omissões do poder público, figuram a ação popular, o mandado de segurança e a ação civil pública.

---

<sup>301</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade, teoria e prática*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 121.



Pelo método concentrado-principal, somente o Supremo Tribunal Federal pode exercer, através de ação direta, e em abstrato, o controle da constitucionalidade dos atos normativos federais ou estaduais, em face da Constituição Federal, e somente os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal podem exercer o controle da constitucionalidade dos atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual.

Diz-se que o controle é em tese ou em abstrato, porque não há um caso concreto submetido à manifestação judicial. A ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento constitucional. Trata-se de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos: “Em havendo inconstitucionalidade por omissão, a declaração é igualmente em tese, em pronunciamento no qual se reconhece a inércia ilegítima do órgão encarregado de editar a norma exigida pelo ordenamento”<sup>302</sup>.

Portanto, o controle de constitucionalidade, no Brasil, compreende, segundo o magistério de Dirley da Cunha Júnior,<sup>303</sup>

1) o controle *difuso-incidental*, provocado por via de exceção ou defesa, em um caso concreto, perante qualquer juízo ou tribunal, e 2) o controle *concentrado-principal*, provocado por via das seguintes ações diretas, perante o STF: 2.1) Ação direta de inconstitucionalidade – ADIN – por ação, por omissão; 2.2) Ação direta de inconstitucionalidade interventiva – ADIN Interventiva; 2.3) Ação declaratória de constitucionalidade – ADC (ou ADECON); 2.4) Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF.

Aqui reside a importância da jurisdição constitucional, enquanto instrumento adequado ao controle de constitucionalidade das omissões indevidas do poder público, omissões estas que impedem a realização dos fins sociais constitucionalmente estabelecidos, os quais representam a garantia de condições mínimas indispensáveis à realização da dignidade humana.

---

<sup>302</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 175.

<sup>303</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade, teoria e prática*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 106-108.

## 7 CONCLUSÃO

O presente trabalho resultante de uma pesquisa bibliográfica procurou analisar a atuação da jurisdição constitucional, no controle das omissões do poder público, especialmente quando estas omissões atingem direitos sociais prestacionais, constitucionalmente estabelecidos, essenciais ao alcance da justiça social e da dignidade humana a todos os indivíduos, indistintamente, o que se dá a partir do reconhecimento de um direito fundamental à efetivação da Constituição.

Chegou-se, então, a um conceito de Constituição “aberta” como uma “ordem normativo-material global do Estado e da Sociedade” que exerce dupla função: a garantia do existente e instituição de uma linha de direção para o futuro. Demonstrou-se que essas funções vinculam todos os órgãos de direção política estatal, que passa a ter o dever de atuar positivamente, no intuito de realizar e efetivar as metas e programas constitucionalmente estabelecidos

Assim, o silêncio estatal ou a sua omissão darão ensejo a uma inconstitucionalidade por omissão, deflagrando um processo especial e eficiente para o seu controle, com o deslocamento provisório do centro de decisão dos órgãos de direção política estatal (Legislativo e Executivo) para o Judiciário, a fim de que este Poder, por meio da jurisdição constitucional legitimada pela Constituição, possa suprir a inércia dos demais Poderes constituídos. Dessa forma, e depois de tudo o que foi pesquisado, pôde-se chegar às conclusões a seguir.

Aconteceu no Brasil nos últimos trinta anos, um fenômeno que na Europa (Alemanha) ocorreu logo após a Segunda Guerra Mundial, e na Espanha e Portugal, na década de 70, qual seja, o trânsito da Constituição para o centro do sistema jurídico, passando a desfrutar não apenas da supremacia formal que sempre manteve, mas também de uma supremacia material. Quando a Constituição transita para o centro do sistema jurídico, ali é deslocado o código civil que, por décadas, figurou como verdadeiro direito comum. Elimina-se, ademais, a dualidade existente entre direito público e direito privado.

Esta mudança de *status* da Constituição resultou em um fenômeno conhecido como filtragem constitucional, que é a leitura de todo o direito infraconstitucional, de todo o ordenamento jurídico, à luz da Constituição.

A Carta Maior, vale dizer, transformou-se em um filtro através do qual se deve interpretar as categorias e os institutos de todos os ramos do Direito. Assim, toda a interpretação jurídica passa a ser direta ou indiretamente interpretação constitucional.

Interpreta-se a Constituição diretamente sempre que uma determinada pretensão for fundada em seus dispositivos. Aplica-se indiretamente a Constituição pelas seguintes razões, a saber: a) ao aplicar uma norma ordinária, o intérprete sempre realizará, incidentalmente, uma operação de controle de constitucionalidade; b) o sentido e o alcance de qualquer norma infraconstitucional deve ser fixado à luz dos valores e princípios constitucionais. Portanto, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional.

Pode-se dizer, assim, que o constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. Nele se condensam as grandes peneiras da modernidade, a saber: a) o poder limitado; b) a dignidade da pessoa humana; c) a centralidade dos direitos fundamentais; d) a justiça material. Com isso, a Constituição passa a ser, hodiernamente, um instrumento indispensável a todos os operadores jurídicos. Em verdade, a Constituição, ou o Direito constitucional alçado ao centro do sistema, passou, nas últimas décadas, por um conjunto de transformações que mudaram o modo como o Direito é praticado no mundo. É possível citar três marcos atinentes ao Direito constitucional contemporâneo, quais sejam:

**a) Marco histórico:** inicia-se com a redemocratização da Europa logo após a Segunda Guerra Mundial, na Alemanha (1949), bem como em Portugal e Espanha ao longo da década de 70. O marco desse novo direito constitucional, no Brasil, é a Constituição Federal de 1988, com a transformação do país em Estado Democrático de Direito.

**c) Marco filosófico:** o pós-positivismo. A partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil supera a visão positivista, com uma nítida reaproximação entre direito e ética, direito e filosofia, assim como o reconhecimento da normatividade dos princípios, tais como dignidade da pessoa humana, justiça e devido processo legal que são, na verdade, o arcabouço dos valores e do sistema jurídico, reconhecendo-se que há normatividade nos valores e nos princípios ainda que não escritos. O pós-positivismo identifica um momento em que a dignidade da pessoa humana passa a ser o princípio do qual se irradiam diferentes direitos fundamentais.

c) **Marco teórico:** três grandes mudanças de paradigmas, no Brasil e no mundo. A primeira mudança de paradigma é o reconhecimento da força normativa da Constituição. Vale ressaltar, por oportuno, que antes do reconhecimento da força normativa da Constituição, os direitos não eram irradiados diretamente a partir dela, mas somente a partir do momento em que havia a intermediação do legislador, regulamentando o que estava estabelecido na Carta. Atualmente, é importante destacar, as normas constitucionais são aplicáveis direta e imediatamente.

A segunda mudança refere-se à expansão da jurisdição constitucional, no mundo e no Brasil. No mundo, foi a vitória do modelo norte-americano de constitucionalismo, fundado na centralidade da Constituição e no controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário, diferentemente do modelo Europeu tradicional, que se fundamentava na centralidade da lei e na supremacia do parlamento.

Desde a primeira Constituição Republicana (1891), vigora no Brasil o modelo norte-americano de controle incidental de constitucionalidade por todos os órgãos jurisdicionais. Este controle se torna mais importante a partir da Constituição Federal de 1988, que manteve o controle incidental e expandiu, notavelmente, o controle por via das ações diretas, ampliando os legitimados previstos no artigo 103 (CF 1988). Pode-se concluir, assim, que a segunda grande transformação teórica ocorre quando a jurisdição passa a desempenhar um papel de grande importância na defesa dos valores fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

A terceira e última mudança dentro desse marco teórico refere-se à prática de uma nova interpretação constitucional. Para tanto, foram desenvolvidas categorias tais como a normatividade dos princípios, o reconhecimento das colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica como fundamento de legitimidade das decisões criativas do Poder Judiciário.

É nesse universo que se situam dois fenômenos marcantes no Direito Constitucional do Brasil: a constitucionalização do Direito e a judicialização das relações sociais e de controvérsias públicas, um fenômeno típico dos tempos atuais. Nesse particular, é preciso mencionar que os direitos fundamentais, enquanto categoria jurídico-constitucional formal e material, que visa à concretização da dignidade da pessoa humana, impõe aos órgãos de direção

política estatal e ao Judiciário, o dever de efetivar as normas constitucionais. Há que se defender, por consequência, o direito fundamental à efetivação da Constituição.

De grande contribuição para a Teoria Geral dos direitos fundamentais, é a teoria dos *Quatro Status* de Jellinek, segundo o qual todo indivíduo, além de sua esfera privada, pode fazer parte de uma esfera pública, enquanto membro da comunidade política, dependendo apenas do reconhecimento estatal. Assim como membro dessa comunidade, vincula-se e se relaciona com o Estado, seja como sujeito de deveres, seja como titular de direitos. Em apertada síntese, pode-se dizer que os *status* positivo, negativo, positivo e ativo se resumem às condições em que o indivíduo pode se deparar diante do Estado como seu membro. Prestações ao Estado, liberdade frente ao Estado, pretensões em relação ao Estado, prestações contra o Estado. Estes *Quatro Status* formam uma linha ascendente, visto que no primeiro o indivíduo foi privado de sua personalidade; depois, a ele foi reconhecida uma esfera independente, livre do Estado; a seguir, o próprio Estado obriga-se a prestações para com o indivíduo e, por último, o indivíduo é chamado a participar do exercício político.

Vale aqui uma observação: o foco do presente trabalho direciona-se ao estudo da função de prestação que alberga os direitos sociais (segunda dimensão), e que se efetivam por meio do Estado, ou seja, que o indivíduo realiza através do Estado tais como direitos à saúde, à educação, ao trabalho, à habitação, dentre outros. Também denominados direitos de crédito, impõe uma atuação positiva estatal, podendo ser uma prestação jurídica (atuação normativa) ou uma prestação material (utilidade concreta), bens e serviços. Estas prestações constituem em favor do cidadão um direito subjetivo à emanção de atos normativos e materiais de concretização constitucional.

No tocante à função de prestação atribuída aos direitos sociais, constantes da Carta Maior de 1988, defende-se que todos os indivíduos gozam do poder de exigir não só diretamente a prestação amparada na Constituição, como também uma atuação legislativa concretizadora das normas constitucionais-sociais. Em havendo omissão inconstitucional dos órgãos de direção política, e com fulcro no direito fundamental à efetivação da Constituição, deve o Judiciário agir, pois legitimado constitucionalmente a uma atuação mais ativa no combate a essas omissões.

Nesse sentido, deve-se compreender que todas as normas constitucionais constantes de constituições rígidas, sejam elas programáticas, sejam imediatamente aplicáveis, têm estrutura

e natureza jurídica, ou seja, são normas providas de juridicidade e eficácia, e encerram um imperativo, ou seja, a obrigatoriedade de um comportamento por parte do ente estatal. Por fim, deve-se mencionar que os maiores obstáculos no que tange à aplicação imediata dos direitos fundamentais ocorrem entre os direitos sociais, que têm por objeto, como já referido, prestações de natureza fática ou normativa e que se realizam através do Estado.

Pode-se aduzir, a título de exemplo, a disponibilidade orçamentária, que não pode ser argumento impeditivo da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais a prestações, mesmo sob a alegação de que a eficácia desses direitos depende do limite fático da reserva do possível, porque sempre haverá um meio de se remanejar os recursos disponíveis, retirando-os de outras áreas como transporte, fomento econômico (direcionados a sujeitos privados mediante a aplicação de recursos financeiros), etc. e que não estão ligados aos direitos essenciais do homem como vida, integridade física, saúde, educação. Os problemas de caixa, vale dizer, não podem servir como obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais, sob o argumento de que a sua efetivação depende de recursos disponíveis. Se assim fosse, a eficácia dos direitos sociais estaria reduzida a zero, o que representaria uma violação ao quanto estabelecido na Constituição.

E isto ocorre porque, em um Estado onde a população carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde existem milhões de indivíduos socialmente excluídos, ou seja, encontram-se abaixo da linha da pobreza e crianças são submetidas a trabalho escravo, onde a população não se encontra civicamente madura e preparada, além de desprovida de um padrão mínimo de dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamento da reserva do possível.

Com base nisso, é necessário permitir ao Poder Judiciário determinar uma redistribuição de recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas para direcioná-los ao atendimento das necessidades vitais dos indivíduos, dotando-os das condições mínimas necessárias ao alcance da dignidade humana, princípio este constante do artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Diante de todo o acima exposto, pode-se afirmar que a atuação da justiça constitucional é considerada uma condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, não havendo, portanto, qualquer violação do princípio da Separação dos Poderes.

## REFERÊNCIAS

- ADPF 442 Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AudnciaPblicaADPF442.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2018.
- ADPF 442. Convocada audiência pública em ação que discute descriminalização do aborto até 12ª semana de gestação. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373569>. Acesso em: 08 ago. 2018.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: EDIPRO, 1995.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre (Org.). *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: EDIBEJ, 1998.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo, RT, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- \_\_\_\_\_. Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social. *Revista de Direito Público*, 1991.
- BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira* (colligidos e ordenados por Homero Pires). São Paulo: Saraiva & Cia., 1933. v. II.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/.../file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/.../file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em 30 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 29 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARZOTO, Luís Fernando. *Dicionário de filosofia do direito*. Coordenação de Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Unissinos, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direitos e garantias individuais. In: *A Constituição Brasileira de 1988 – Interpretação*. 1998.

BECHARA, Evanildo. *Dicionário escolar da língua portuguesa / Academia Brasileira de Letras*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 10. ed. Tradução Sérgio Bath. Brasília: UNB, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução Alfredo Fait. 2.ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

BOCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Ver- Ges, 1993.



BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental no agravo de instrumento n. 396695*. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14743422/agregno-agravo-de-instrumento-ai-396695-rj>. DJ 06-02-2004 PP-00039 EMENT VOL-02138-08 PP-01635. DJ 06-02-2004 PP-00039 EMENT VOL-02138-08 PP-01635. Acesso em: 13 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000137962&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico e bem-estar social*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BRITO, José de Souza e. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1995.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPOS, German J. Bidart. *La interpretación y el control constitucionales em la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987.

CANOTILHO, J.J. Gomes; CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e a teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução e notas do professor Dr. Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CASO Battisti expõe crise no STF. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 22 nov. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/.../mundo-ideal-direito-immune-politica-real-nao-bem-assim>. Acesso em: 29 jul. 2018.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2.

CHADDAD, Maria Cecília Cury. *A efetividade das Normas Constitucionais através do mandado de injunção: o controle da omissão parcial*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CID, Benito de Castro. *Los derechos económicos, sociales y culturales*. Universidad de Leon: Secretariado de Publicaciones, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior>. Acesso em: 13 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. *Controle de constitucionalidade, teoria e prática*. 6. ed. rev. ampl e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. *Controle de Constitucionalidade, teoria e pratica*. 8. ed. rev., ampl e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal para concursos: Doutrina, jurisprudência e questões de concursos*. 6. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DUSO, Giuseppe. Do poder natural do poder civil: a época do contrato social. In: DUSO, Giuseppe. (Org.). *O poder: história da filosofia política moderna*. Tradução Andréa Caiacchi, Lissia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994. p. 25.

\_\_\_\_\_. *O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituinte: assembleia, processo, poder*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direitos fundamentais e controle de Constitucionalidade, estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

\_\_\_\_\_. Legitimidade na Constituição de 1988. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: 2012.

FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1958.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y El Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: RT, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_. A Constituição brasileira e as normas programáticas. *Revista de direito constitucional e ciência política*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 4, p. 40-47, jan.-jun. 1985.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, II.

HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Tradução Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Tradução Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1981.

JORGE NETO, Nagib de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do direito e do estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda, 1936*. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/John\\_Maynard\\_Keynes](http://pt.wikipedia.org/wiki/John_Maynard_Keynes). Acesso em: 27 jan. 2018.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Fundamentos de ética jurídica. Tradução Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

\_\_\_\_\_. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José de Souza e Brito e José Antônio Veloso. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitucion*. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LUHMANN, Niklas. *La funzione della giurisdizione nel sistema político in Stato di diritto e sistema sociale*. Napole: Guida, 1978.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The federalist papers*. London: Penguin Books, 1987.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Salvador: Juspodivm, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. v. IV.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 (Com a Emenda n.1 de 1969)*. 2. ed. São Paulo: RT, 1970. v. I.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAIS, José Luís Bolzan de. Dilemas do/para o Estado constitucional. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 2. ed. rev. reformulada. Lisboa: AAFDL, 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e novos direitos*. No Trabalho apresentado no Painel “Os dez anos da Constituição Federal: o Poder Judiciário e a construção da democracia no Brasil”, Seminário Democracia e Justiça – O Poder Judiciário na Construção do Estado de Direito. Porto Alegre: TJERS, 1998.

ORTEGA Y GASSET, J. *O homem e a gente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1973.

PEDRA, Anderson Sant’Ana. A constitucionalização do direito e o controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário. In: AGRA, Walber de Moura et al. (Org.). *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.

PINILLA, Ignácio Ara. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1994.

PIOVESAN, Flávia. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. *Proteção judicial das omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PORTELLA, André Alves. *A saúde nos municípios: uma conta que não fecha*. Disponível em: <http://atarde.uol.com.br/opiniaio/noticias/1751022-a-saude-nos-municipios-uma-counta-que-nao-fecha-premium>. Acesso em: 3 jul. 2017.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

Roe V. Wade Decision U.S. Supreme Court ROE V. WADE, 410 U.S. 113 (January 22, 1973) 410 U.S. 113 Roe Et Al. Versus Wade, District Attornye Of Dallas County, Appeal From The United States District Court For The Northern District Of Texas, No. 70-18. Argued December 13, 1971 Reargued October 11, 1972 - Decided January 22, 1973. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso\\_Roe\\_contra\\_Wade](https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Roe_contra_Wade). Acesso em: 8 ago. 2018.

ROIG, Rafael de Asis. *Deberes y obligaciones en la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, [2005].

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, n.30, ano 11, fev. 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHINCARIOL, Rafael L. F. *Estado de direito e neoliberalismo*. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/90917>. Acesso em: 8 ago. 2018.

SCHMIT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Alianza, 1992.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 26, n. 75, p. 268-286, set. 1999.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa* (Qu'est-ce que Le Tiers État?). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRAYER, Joseph R. *As origens medievais do estado moderno*. Tradução de Carlos da Veiga Ferreira. Lisboa: Gradativa, 1998.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAES, José Luís. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 18. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

TRIBE, Laurence H. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. *The Yale Law Journal*, New Haven, Connecticut, v. 89, n. 6, May 1980. P. 1063-1080, 1980.

VIGO, Rodolfo L. *Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

YEPES, Rodrigo Uprimny. Judicialization of politics in Colombia. *International Journal of human rights*, United States, n. 6, year 4, p. 48-65, 2007.

## OBRAS CONSULTADAS

- ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- BACHA, Sergio Reginaldo. *Mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *A Constituição de 1988 e seus problemas*. São Paulo: LTR, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica e interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. Rev. Informação Legislativa, Brasília, n. 50, p. 55-64, 1976.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais*. Coimbra: Coimbra, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Juízes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1993.



COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 138, p. 39-48, abr./jun.1998.

CRETELLA JUNIOR, José. *Os "writs" na Constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Dr. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y El Tribunal Constitucional* 3. ed. reimp. Madrid: Civitas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 198, p. 1-17, out./dez. 1994.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Teoria Constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 21. ed. Tradução João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LOWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitucion*. Barcelona: Ariel, 1970.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional em vigor*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Jose Luiz Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PASSOS, J.J. Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PORTELLA, A. A. Garantia fundamental da liberdade em Direito Tributário com especial referência à norma geral anti-elisão. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 85, p. 41-84, 2009.

PORTELLA, A. A. Reserva de iniciativa legislativa para redução e extinção de tributos. In: BARREIROS NETO, Jaime; BARREIROS, Lorena Miranda Santos (Org.). *Repercussão Geral em Análise - STF (2017)*. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 1. p. 881-884.

ASENSI, Felipe, LEGALE Siddharta, LOUREIRO Cláudia, PORTELLA André, OLIVEIRA Carolina de (Org.). *Leituras Sobre Direitos Humanos e Fundamentais*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. v. 1.

SHMITT, Carl. *A riqueza das nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. v. 2.

\_\_\_\_\_. *La defensa de La Constitucion*. Madrid: Tecnos, 1998.

STRECK, Lênio Luiz. *O mandado de injunção no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed Trabalhistas, 1991.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

\_\_\_\_\_. Mandado de injunção. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 94, p.146-151, abr./jun. 1990.

TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. *Elementos de*

*Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Tutela Jurisdicional das liberdades públicas*. Curitiba: Juruá, 1991.