

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAROLINA MARIA CARDOSO PILATI

O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONSECUÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO
INSTRUMENTO

Florianópolis

2013

CAROLINA MARIA CARDOSO PILATI

O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONSECUÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO
INSTRUMENTO

Monografia submetida à Universidade
Federal de Santa Catarina para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luís Carlos
Cancellier de Olivo

Florianópolis

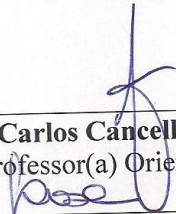
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

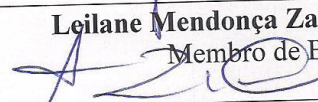
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**O controle judicial de políticas públicas e a consecução dos direitos fundamentais sociais: a ação civil pública como instrumento**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Carolina Maria Cardoso Pilati**, defendida em **25/09/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (Dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

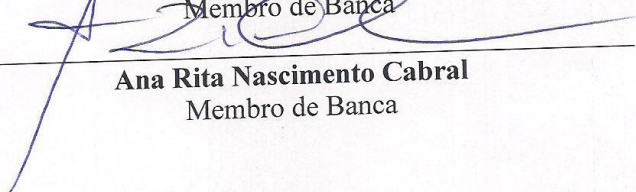
Florianópolis, 25 de Setembro de 2013



Luis Carlos Cancellier de Olivo
Professor(a) Orientador(a)



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Membro de Banca



Ana Rita Nascimento Cabral
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, José Isaac e Irlete, pelo amor, pelos ensinamentos, pela confiança e pelo suporte.

Às minhas irmãs, Rachel e Luciana, e ao meu cunhado, Gilberto, pela experiência transmitida, pelos momentos de descontração e pelo carinho e zelo.

Às minhas amigas, Renata, Pite e Luísa por terem, cada uma a seu modo e a seu tempo, me dado o suporte que só um amigo pode dar.

Aos queridos professores de pré-vestibular, Dorilde, Cori, Graça, Mário e Jadoski pelo conteúdo ministrado, pelo estímulo e por serem as pessoas que são.

Aos colegas de curso, Gabriella, Samir, Nicolle, e Rodrigo pela companhia e amizade na jornada dos cinco últimos anos.

À equipe da 5ª Vara Cível da Capital pela primeira oportunidade de estágio; à equipe da 6ª Vara Cível da Capital pelo crescimento profissional que me proporcionou; à equipe da 3ª Vara Federal de Florianópolis pela oportunidade de consolidar os conhecimentos adquiridos ao longo do curso e dos estágios anteriores.

Ao meu orientador, Professor Luís Carlos Cancellier de Olivo pela serenidade e pelos conhecimentos repassados.

À Universidade Federal de Santa Catarina, pela formação que me proporcionou da qual me orgulho muito.

A todos os brasileiros que custearam meus estudos em instituição pública de qualidade.

Por fim, ao Lucas, meu namorado, pelo amor, companheirismo, cumplicidade, suporte e por completar minha existência.

“They will not force us
They will stop degrading us
They will not control us
We will be victorious”
Muse – Uprising

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

A monografia é dividida em três capítulos, os quais, por sua vez, se dividem em três itens cada. O método utilizado é o indutivo, sendo o objetivo principal o de demonstrar que a inércia do Poder Público em criar e implementar políticas públicas que satisfaçam os direitos fundamentais sociais autoriza o controle judicial, constituindo a ação civil pública o instrumento processual mais adequado atualmente, porquanto evita as decisões contraditórias e o desrespeito ao princípio da igualdade, além de diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário, promover a celeridade processual. O tema mostra-se atual, tendo em vista que, muito embora o acesso à Justiça tenha aumentado nos últimos tempos, e os tribunais superiores tenham consolidado o entendimento de que é possível o controle judicial de políticas públicas, ao mesmo tempo, a forma com que essas demandas são ajuizadas – individualmente – tem provocado uma série de efeitos colaterais deletérios. Em razão disso, há que se priorizar a via coletiva, em especial a da ação civil pública, repensando alguns institutos, como o da coisa julgada, e a forma de cumprimento de sentença, a fim de melhor resguardar os direitos fundamentais sociais.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais sociais. Controle Judicial. Políticas Públicas. Processo Coletivo. Ação Civil Pública.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1 Panorama histórico dos direitos humanos e fundamentais	12
1.2 Os direitos fundamentais no Brasil: antes e depois da CF/88	22
1.3 Direitos fundamentais sociais: localização, conceito e peculiaridades	30
2 CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	35
2.1 Controle judicial de políticas públicas: hipóteses de admissão	36
2.2 Princípio da separação de poderes	42
2.3 Mínimo existencial, reserva do possível e proibição do retrocesso	50
3 PROCESSO COLETIVO E AÇÃO CIVIL PÚBLICA	56
3.1 A pertinência do processo coletivo	56
3.2 Ação civil pública: principais aspectos e adaptações necessárias	61
3.3 Debate acerca da jurisprudência	69
CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	79

INTRODUÇÃO

O objetivo principal deste trabalho é demonstrar a viabilidade do uso do processo coletivo – em especial a ação civil pública – quando frustrada a via espontânea de satisfação dos direitos fundamentais sociais: as políticas públicas.

Como objetivos secundários, pode ser destacada, primeiramente, a defesa do controle judicial de políticas públicas na hipótese de inércia estatal no cumprimento dos direitos fundamentais sociais e, conseqüentemente, dos objetivos do Estado constitucionalmente traçados. Em segundo lugar, a demonstração da predominância de um caráter difuso dos direitos fundamentais sociais, ante a indivisibilidade de seu objeto e a indeterminação de seus sujeitos, bem como a repercussão de seu provimento na vida dos administrados. Em terceiro lugar, a preponderância da defesa do conteúdo dos direitos fundamentais sociais em detrimento do formalismo processual, que vai de encontro à perspectiva difusa de tais direitos.

O presente estudo é dividido didaticamente em três capítulos: *direitos humanos e direitos fundamentais, controle judicial de políticas públicas e processo coletivo e ação civil pública*.

O primeiro capítulo tem início com um resgate histórico, realizado sob a ótica do Constitucionalismo, movimento cujos contornos surgiram antes mesmo da primeira Constituição escrita, tendo por propósito mais evidente a busca pela limitação do poder estatal. Essa busca por limitação, modernamente, está associada à proteção dos direitos humanos em relação ao poderio estatal. A positivação constitucional desses direitos por um ordenamento faz com que sejam tratados como direitos fundamentais.

No Brasil, é com a Constituição de 1988, a tutela desses direitos cresce em importância, assegurando-lhes posição de destaque no texto constitucional. A discussão sobre a possibilidade de sua aplicação imediata é exposta, com ênfase nos argumentos que defendem a sua possibilidade. Por fim os direitos fundamentais sociais são objeto de enfoque, sendo criticado o tratamento dispensado por grande parte da doutrina e da jurisprudência, que os considera direitos de somenos

importância, discriminando-os em relação às liberdades individuais, de modo a ignorar serem aqueles pressupostos para o gozo destas.

O segundo capítulo adentra a questão do controle judicial de políticas públicas, defendendo a sua possibilidade no caso de o Poder Público não promover – ou pelo menos não adequadamente – políticas públicas que possibilitem o pleno gozo dos direitos fundamentais sociais. A invocação do princípio da separação de poderes como óbice ao controle judicial de políticas públicas é desconstituída na medida em que se demonstra que tal princípio deve ser interpretado sempre em observância ao seu escopo principal: o do equilíbrio das funções. Por fim é criticada a importação de conceitos alienígenas como o do mínimo existencial e o da reserva do possível, defendendo o princípio da proibição do retrocesso como forma de assegurar que não seja esvaziado o conteúdo dos direitos fundamentais sociais.

O terceiro e último capítulo defende a adoção do processo coletivo – em especial a ação civil pública – como instrumento de tutela dos direitos fundamentais sociais, devendo, para tanto, estes serem compreendidos em seu caráter difuso, evitando o ajuizamento de demandas individuais. Os benefícios do processo coletivo são muitos, seja no aspecto econômico – por tornarem mais previsíveis os impactos econômicos ocasionados por provimentos jurisdicionais –, seja no tocante ao acesso à justiça – diminuindo a sobrecarga do Poder Judiciário, tornando mais célere a prestação jurisdicional e garantindo maior equanimidade das decisões. São destacados os principais aspectos controversos da ação civil pública, como a legitimação ativa e a coisa julgada, para em seguida expor as propostas de adaptação. Por fim, um debate acerca do tratamento atual conferido pela jurisprudência aos direitos fundamentais sociais é promovido, ressaltando os avanços já realizados e os entraves ainda existentes a uma prestação jurisdicional mais eficiente.

1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A primeira parte deste primeiro capítulo visa a resgatar a trajetória dos direitos humanos e fundamentais desde a sua origem mais remota – o período axial, na Grécia Antiga – até os dias atuais, perpassando os momentos históricos mais relevantes, como o movimento jusnaturalista, a Magna Carta, a Reforma Protestante, a Revolução Francesa, a Independência das Treze Colônias e a Segunda Guerra Mundial, destacando a sua contribuição para o atual tratamento dos direitos humanos e fundamentais. Ao final, é traçada a diferença entre direitos esses direitos, conceituando um e outro.

O item seguinte, primeiramente, contextualiza os direitos humanos e fundamentais no ordenamento jurídico pátrio, relatando o tratamento por eles recebido, constituição a constituição, até alcançar a Carta de 1988. A seguir, qualifica o texto constitucional vigente, demonstrando o destaque conferido aos direitos fundamentais em seu texto. Defende a estrita observância do texto constitucional, que confere eficácia imediata a tais direitos, os quais, por possuírem tanto caráter objetivo quanto subjetivo, são dotados de exigibilidade e *justiciabilidade*.

Por fim, o terceiro e último item deste capítulo trata de conceituar os direitos sociais, indicando sua localização no texto constitucional e expondo as principais polêmicas em torno de tais direitos. Busca rebater o posicionamento de que apenas parte dos direitos sociais possuem aplicação imediata, preparando o leitor para o segundo capítulo, que aborda o controle judicial de políticas públicas.

1.1 Panorama histórico dos direitos humanos e fundamentais

O estudo dos direitos humanos e fundamentais está diretamente relacionado ao do Constitucionalismo, ou seja, à busca pela limitação do poder estatal e supremacia da lei.

Muito embora seja desnecessária a existência de uma Constituição escrita, as formas de limitação do poder em um Estado constitucional são, segundo Barroso¹: as *materiais* (respeito a valores básicos e direitos fundamentais), *orgânicas* (repartição dos poderes de legislar, administrar e julgar) e *processuais* (respeito ao devido processo legal).

A primeira democracia constitucional surgiu na Grécia antiga, onde pela primeira vez houve uma racionalização do poder². Para Fábio Konder Comparato³, foi no período axial da História que teve início a ideia de igualdade essencial entre todos os homens, embora a difusão desse pensamento pela maioria dos povos do mundo só tenha ocorrido bem mais tarde, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Comparato explica que os gregos consideravam a lei escrita de suma importância para a busca por igualdade, porquanto teria o condão de submeter, indistintamente, ricos e fracos. Para Aristóteles, por exemplo, a igualdade estaria vinculada à ideia de justiça, conferindo a cada um o que é seu, como bem destaca José Afonso da Silva⁴.

Já a tradição bíblica, segundo o Comparato⁵, contribuiu para consagrar a igualdade ao reconhecer como iguais os filhos de Deus, consistindo a figura de Jesus de Nazaré no modelo ético de pessoa, muito embora tal igualdade existisse meramente no plano sobrenatural, tendo em vista a inferiorização de mulheres, crianças e índios no plano da realidade.

O autor segue explicando que, no período medieval, com as doutrinas escolástica e canonista – sendo o principal nome desse período Santo Tomás de Aquino – despontou o princípio da igualdade essencial de todo ser humano, independentemente da existência de diferenças individuais e grupais. Hespanha⁶ acrescenta que, para Santo Tomás, as práticas humanas deveriam ser conformes

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27-28.

² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.3.

³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.11-13.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.213.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *op.cit.* p.17-20.

⁶ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 290.

aos desígnios de Deus, sendo que o conhecimento do homem não poderia ser obtido por processos estritamente racionais. Assim, Tomás de Aquino defendia a existência de três tipos de Lei: a divina, a natural e a humana⁷. Surgia, dessa forma, a ideia de um direito natural, contra o qual não se poderia legislar, sob pena de não haver vigência ou força jurídica⁸.

Até então, como se pode perceber, a moral era construída em grupo. O jusnaturalismo, na visão de Bobbio⁹, marca o início da secularização da fé cristã, transportando para o indivíduo a construção da moral e do direito. Tal doutrina – expõe o autor italiano – parte da ideia da existência de um estado de natureza, em que os direitos do homem são poucos, porém essenciais, tais como: o direito à vida, à sobrevivência, à propriedade e à liberdade. Salienta ainda que, por seu caráter eminentemente individualista, a corrente jusnaturalista encontrou forte resistência, sendo acusada de subverter a ordem e fomentar a desunião.

Dentre os jusnaturalistas, o primeiro a reconhecer o caráter de oponibilidade dos direitos naturais, inclusive em relação aos detentores do poder, foi John Locke, com a ressalva de que apenas os proprietários poderiam gozar de tal prerrogativa¹⁰.

No pensamento de Locke, segundo Marmelstein¹¹, estaria a base do Estado Democrático de Direito e também um esboço do princípio da separação de poderes. O desenvolvimento de tal princípio, entretanto, teria se dado com Montesquieu, para quem eram necessários freios ao poder, a fim de que o homem não cometesse abusos.

Segundo Sarlet, o apogeu do processo de laicização do direito natural ocorre durante o Iluminismo, de inspiração jusracionalista. Nesse período, Hugo Grócio considerou a razão como o fundamento último do direito, porquanto seria esta comum a todos os seres humanos, independentemente de religião.

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.10.

⁸ COMPARATO, F. K. op.cit. p.20.

⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p. Título Original: *L'Età dei diritti*, p. 58-59, 73.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.42-43.

¹¹ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.40.

Na visão de Comparato¹², uma crescente concentração de poderes tomava corpo desde o final da Idade Média, o que inclusive se refletia na produção intelectual de autores como Hobbes e Bodin. Contudo, não tardaria o descontentamento em relação à forma absoluta de poder.

Na Inglaterra, disputas entre monarcas levaram a um alto gasto com campanhas bélicas, o que implicou aumento de exação fiscal, gerando descontentamento entre os contribuintes. Diante dessa situação, a nobreza passou a exigir o reconhecimento de alguns direitos em troca dos impostos com que arcava. No reinado de João Sem-Terra, foi assinada a Magna Carta, documento em que, pela primeira vez, o rei vinculou-se às leis por ele editadas. Tal documento trazia, em seu bojo, uma cláusula que garantia a todos os homens livres determinadas liberdades, reconhecendo, assim, a superação das separações estamentais (nobreza, clero e povo).

É com a Magna Carta que, segundo André Ramos Tavares¹³, o fenômeno do Constitucionalismo manifesta-se na Idade Média, buscando limites à atuação soberana além de direitos individuais face ao rei.

Conforme alerta Sarlet¹⁴, não se deve atribuir caráter de fundamentalidade aos direitos reconhecidos pela Magna Carta, porquanto tais direitos, assim como os prestigiados por outros documentos contemporâneos, não concediam direitos gerais, mas privilégios a determinadas classes sociais.

O autor menciona eventos históricos que indicam o paulatino nascimento dos direitos fundamentais. A Reforma Protestante, por exemplo, conduziu ao reconhecimento da liberdade de opção religiosa em vários países europeus; da mesma forma, diversas declarações de direitos inglesas, a exemplo da *Petition of Rights* (1628), do *Habeas Corpus Act* (1679), da *Bill of Rights* (1689) e do *Establishment Act* (1701) enunciaram direitos e liberdades aos cidadãos ingleses. O autor segue explicando que tais declarações não vinculavam o Parlamento, apesar de significarem a redução do poder monárquico. O fato é que os direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente emergiriam apenas mais tarde.

¹² COMPARATO, F. K. op.cit.p. 48, 71, 77-78.

¹³ TAVARES, A. R. op.cit. p. 4.

¹⁴ SARLET, I. W. op.cit. p. 45-47.

A independência das treze colônias inglesas, nas palavras de Comparato¹⁵ “representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos”.

Os fatores ensejadores da independência teriam sido, além dos valores próprios e da identidade de pensamentos entre os colonos, que em muito diferiam do perfil inglês, os sucessivos aumentos de impostos ocasionados pelos gastos com a guerra franco-inglesa pela ocupação do território canadense, dentre outras recorrentes intervenções econômicas por parte dos ingleses na economia local. Tudo isso desencadeou revoltas que culminaram com os Congressos Continentais e, por fim, com a Declaração de Independência, que consagrava o direito de autodeterminação dos povos livres, a existência de direitos naturais dos seres humanos e o princípio da dignidade do povo.

Mesmo aqueles que, a exemplo de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁶, atribuem à Declaração da Virgínia o pioneirismo dentre as declarações de direitos costumam reconhecer o caráter mais completo da Declaração Francesa, o que justifica ser esta a responsável por inspirar maior número de declarações posteriores.

Para Ferreira Filho, tal documento visava à proteção dos direitos do Homem contra os atos do Governo, não se perdendo de vista o fato de que, naquele momento, não se instituíram tais direitos – os quais já existiam –, mas procedeu-se à sua declaração.

Sobre o cenário francês que inspirou a elaboração da Declaração Francesa, José Adércio Leite Sampaio¹⁷ destaca que, no século XV, a existência de um Terceiro Estado passou a ser mais evidente, sendo este composto tanto por servos, quanto pela burguesia. A parte mais pobre de tal classe passou a sofrer com o desemprego, enquanto que os desmandos da realeza indignavam intelectuais da época.

¹⁵ COMPARATO, F. K. op.cit. p.95-96,100.

¹⁶ FERREIRA FILHO, M. G. op.cit. p.20,22.

¹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.173-180.

Conforme relata, a arbitrariedade marcou os governos de Luís XIV, Luís XV e Luís XVI. O clima ficou ainda mais tenso quando, não tendo condições de aumentar ainda mais os impostos do povo, passou-se a cobrá-lo também do clero. Com isso, em 1787, o Parlamento condicionou um adiantamento de recursos à Coroa à convocação dos Estados Gerais. O Terceiro Estado se autodenominou “Assembleia dos Comuns”, a qual veio, posteriormente, a tornar-se uma Assembleia Constituinte.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão surge na data de 26 de agosto, abolindo privilégios e proclamando direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem. Em 1791 foi aprovada a primeira Constituição francesa escrita, constando a declaração de 1789 de seu preâmbulo.

Na visão de Comparato¹⁸, a grande diferença entre a Declaração Americana e a Declaração Francesa é o fato de que o norte-americano preocupava-se mais com a própria independência e o estabelecimento de regime político próprio do que com o caráter universal dos direitos proclamados, como desejava o francês revolucionário. De qualquer forma, deve-se reconhecer, como o faz Sarlet¹⁹, a existência de reciprocidade de influências entre ambas as declarações.

Seja nos Estados Unidos da América, seja na França, a preocupação com a declaração de direitos e a paulatina construção dos direitos fundamentais, como os conhecemos hoje, têm como ponto de intersecção a necessidade de se limitar o poder Estatal.

Conforme resume Lenza²⁰, as Constituições norte-americana (1787) e francesa (1791) são marcos históricos e formais do constitucionalismo moderno, movimento este deflagrado durante o Iluminismo e que significou uma contraposição ao absolutismo reinante.

Sobre o assunto, João dos Passos Martins Neto²¹ leciona com propriedade:

Nesse sentido, os direitos fundamentais cumprem um papel de estruturação do sistema político segundo uma lógica específica, a da restrição substantiva do poder, sobretudo em relação à sua função legislativa. Compreender o alto significado dessa *dimensão estruturante* supõe então

¹⁸ COMPARATO, F. K. op.cit. p.129-130.

¹⁹ SARLET, I. W. op.cit. p.48.

²⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.52.

²¹ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito função e tipos**. São Paulo: RT, 2003, p.98.

considerar o percurso que vai do Estado Absoluto ao Estado Limitado e, dentro deste, do Estado Liberal ao Estado Social.

Neste momento, faz-se necessário introduzir a classificação dos direitos fundamentais formulada por Karel Vasak. O jurista naturalizado francês, inspirado na revolução francesa, assim separou os direitos fundamentais: *direitos de primeira geração*, cuja base é a *liberdade*; *direitos de segunda geração*, baseados no valor da *igualdade*; e os *direitos de terceira geração*, que dizem respeito aos direitos de *solidariedade*²². Tal classificação tem sido ampliada pela doutrina, que já fala em uma quarta geração de direitos humanos. André Ramos Tavares²³ expõe que, muito embora Paulo Bonavides identifique essa quarta geração como sendo relacionada a direitos de democracia, pluralismo e informação, o mais acertado seria identificá-la com uma diferenciação de tutela quanto a crianças, adolescentes, idosos etc. Ainda sobre a classificação de Vasak, Sarlet²⁴ registra haver críticas sobre o termo “gerações”, pois poderia passar a falsa impressão de gradativa substituição, preferindo, por isso, usar o termo “dimensões”, que transmite a ideia de complementaridade.

Não obstante as críticas, a classificação de Vasak continua sendo utilizada pela doutrina. Ainda segundo Sarlet, os direitos fundamentais presentes nas primeiras Constituições derivam do pensamento liberal-burguês do século XVIII, consistindo em direitos do indivíduo frente ao Estado, traduzidos em abstenções e não em ações por parte do poder público. Dentre tais direitos, o autor cita o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade. São os chamados direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão), da classificação de Karel Vasak.

Os direitos fundamentais de primeira geração podem ser divididos em direitos civis e políticos, conforme a lição de Sampaio²⁵, sendo que os civis seriam aqueles relacionados ao respeito à integridade física e moral do indivíduo, os respeitantes ao correto procedimento nas relações judicantes entre este e o Estado, além dos que asseguram o desenvolvimento da personalidade de cada um. Segundo o mesmo autor, os direitos políticos decorreriam do direito de votar e de ser votado.

²² MARMELSTEIN, G. op.cit. p. 41.

²³ TAVARES, A. R. op. cit. p.414-415.

²⁴ SARLET, I. W. op.cit. p.50-51.

²⁵ SAMPAIO, J. A. L. op.cit. p.242,

Muito embora sejam imprescindíveis os direitos fundamentais de primeira dimensão, inegável a existência de tantos outros direitos a serem tutelados. É que o chamado Estado de Direito, explica José Afonso da Silva²⁶, surgido do seio do liberalismo, é calcado no direito *natural, imutável e universal*, não atendendo mais às demandas sociais do seu tempo.

Tal visão coincide com a de Osvaldo Canela Junior²⁷, para quem o esforço iluminista não foi suficiente para suprimir o poder arbitrário, tendo em vista o surgimento de um novo imperialismo europeu que, por meio de disputas territoriais e mercados internacionais, conduziu à Primeira Guerra Mundial (1914-1918).

João dos Passos Martins Neto²⁸ atribui o advento da crise liberal ao surgimento do proletariado em decorrência do crescente processo de industrialização do século XIX, além da inércia inerente a tal modelo.

Movimentos reivindicatórios cobravam uma postura ativa por parte do Estado, que deveria capitanear a realização da justiça social²⁹. É a segunda dimensão de direitos fundamentais que se inicia, ainda no século XIX, representada pelos direitos sociais, econômicos e culturais, como saúde, educação e trabalho. O Estado de Direito transforma-se em Estado Social de Direito³⁰.

João dos Passos Martins Neto³¹ esclarece que a diferença entre o Estado de Direito e o Estado Social de direito reside no fato de este acrescentar ao rol dos tradicionais direitos liberais e políticos os direitos ditos sociais, visando a corrigir os desequilíbrios ocasionados pelo liberalismo tradicional.

Sampaio³² assim define as causas que conduziram à demanda por prestações positivas do Estado:

Os direitos sociais, econômicos e culturais resultam da superação do individualismo possessivo e do darwinismo social, decorrente das transformações econômicas e sociais ocorridas no final do Século XIX e início do século XX, especialmente pela crise das relações sociais decorrentes dos modos liberais de produção, acelerada pelas novas formas

²⁶ SILVA, J. A. op.cit.p.115-117

²⁷ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.31.

²⁸ MARTINS NETO, J. P. op.cit.p. 109.

²⁹ SARLET, I. W. op.cit. p.52.

³⁰ SILVA, J. A. op.cit.p.115.

³¹ MARTINS NETO, J. P. op.cit.p. 113.

³² SAMPAIO, J. A. L. op.cit. p.243.

trazidas pela Revolução Industrial; e da conseqüente organização do movimento da classe trabalhadora, sob a catálise das ideias marxistas que levou à Revolução Russa e sua proposta de uma sociedade comunista planetária.

O mesmo autor acrescenta que tais direitos são mais bem definidos com as constituições do México (1917) e de Weimar (1919), além da Declaração de Direitos russa (1918), chegando ao Brasil com a Constituição de 1934.

Ocorre que, como esclarece José Afonso da Silva³³, o simples reconhecimento de *liberdades formais* não bastava, tendo em vista que a maioria das pessoas não dispunha de condições materiais para delas gozar. Segundo o autor, o *Manifesto Comunista* foi o documento mais relevante, na crítica comunista, ao regime liberal-burguês, sendo sucedido por outros documentos relevantes, como a *Rerum Novarum* de Leão XIII.

A *Rerum Novarum* refuta a igualdade pregada pelos comunistas, denominando o comunismo de “princípio do empobrecimento”. Por outro lado, ela contraria o liberalismo ao defender uma “justiça distributiva”, que confere aos operários direitos oponíveis aos empregadores, reclamando uma postura de proteção ativa do Estado³⁴.

Sarlet³⁵ alerta para o fato de que, muito embora sejam denominados “direitos sociais”, constituem direitos concernentes ao indivíduo, não se podendo confundi-los com os direitos coletivos e difusos, posicionamento que o presente trabalho ousará rebater em momento oportuno.

A terceira dimensão de direitos fundamentais surge no período posterior à Segunda Guerra Mundial, como forma de contraposição à dominação cultural nas nações em desenvolvimento, sendo denominados como “direitos dos povos”, “direitos de solidariedade”, “direitos de fraternidade”, “direitos de cooperação”, ou, ainda “direitos humanos morais e espirituais”³⁶.

O fato de a sobrevivência da humanidade ter sido colocada em xeque com o lançamento das duas bombas atômicas em agosto de 1945, teria implicado o zelo

³³ SILVA, J. A. op.cit.p. 159-160.

³⁴ MARTINS NETO, J.P. op.cit. p.110.

³⁵ SARLET, I. W. op.cit.p.53.

³⁶ SAMPAIO, J. A. L. op.cit. p. 273-274.

pelas relações internacionais, tendo como base fundamental a dignidade da pessoa humana³⁷.

O constitucionalismo do pós-guerra representou um marco histórico do novo direito constitucional (ou neoconstitucionalismo): o do Estado Democrático de Direito. Superadas as concepções jusnaturalista (princípios de justiça universalmente válidos) e positivista (rígida separação entre norma, Direito e ética), a doutrina pós-positivista tomou fôlego, realizando uma leitura moral da Constituição e das leis³⁸.

Foi nesse contexto que foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Flávia Piovesan³⁹ considera tal declaração como o grande marco da reconstrução dos direitos humanos, conferindo ao estudo destes direitos dois novos sentidos: o da universalidade e o da indivisibilidade. O primeiro explica-se pelo fato de que a condição de pessoa é suficiente à titularidade de tais direitos e da dignidade. Já a característica da indivisibilidade garante que os direitos civis e políticos sejam respeitados de forma plena, de modo que o desrespeito a um deles implica o desrespeito aos direitos culturais, econômicos e sociais.

Segundo a autora, hoje se pode falar em um Direito Internacional dos Direitos Humanos, que ultrapassa o âmbito do domínio do Estado, e avança sobre uma perspectiva internacional, na forma de tratados internacionais e de mecanismos de responsabilização e controle internacional. Essa perspectiva internacional é acionada quando o Estado é falho na implementação de direitos e liberdades fundamentais.

Para André Ramos Tavares⁴⁰, o constitucionalismo poderia ser considerado o mais amplo fenômeno da globalização. Isso porque ao mesmo tempo em que se busca, atualmente, maior integração econômica e cultural entre os povos, há uma tentativa de ampliação dos ideais e princípios jurídicos adotados pelo Ocidente, ampliação esta que constituiria um verdadeiro “dogma” do qual não se pode desviar nenhum país.

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. op.cit p. 210.

³⁸ BARROSO, L.R. op.cit. p. 269-272.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito e Territórios**, Brasília, n. 15, p. 93-110, 2000, p. 94-95, 97-98.

⁴⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Superado este breve esboço histórico, cumpre diferenciar os direitos humanos dos direitos fundamentais. Os direitos humanos seriam, de acordo com Gilmar Mendes⁴¹, aqueles direitos postulados em bases jusnaturalistas, não estando positivados numa ordem jurídica particular. Já os direitos fundamentais, encontram-se positivados em um ordenamento jurídico, conforme se depreende do conceito formulado por Marmelstein⁴²:

[...]são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Com efeito, a trajetória dos direitos humanos e fundamentais foi inspirada, inicialmente, por concepções espirituais e mitológicas, buscando uma igualdade entre os homens; evoluindo para um estágio de racionalização, em que a moral passou a ser individualmente construída; até que, por meio de declarações e constituições, alcançou um estágio em que a observância de tais direitos é global. Não obstante o caráter internacional adquirido pelos dos direitos humanos, há que se aperfeiçoar, tanto no plano doméstico, quanto em escala mundial, a tutela de tais direitos.

1.2 Os direitos fundamentais no Brasil: antes e depois da CF/88

Após o esboço histórico traçado acerca dos direitos humanos em escala mundial, cumpre saber de que forma os direitos humanos e fundamentais foram recepcionados no Brasil, alcançando seu reconhecimento máximo com a Constituição de 1988, bem como de que forma tal Carta dispõe sobre esses direitos.

Para o presente estudo, interessa a história a partir da proclamação da independência, à qual sucedeu nossa primeira Carta. A Constituição Política do Império do Brasil foi outorgada em 1824, caracterizada por consagrar o poder

⁴¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 99.

⁴² MARMELSTEIN, G. op.cit. p. 20.

hereditário e monárquico e a formulação quadripartite de poder (*Poder Moderador, Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário*). O Poder Moderador era o mais importante dos quatro, sendo de titularidade do Imperador. Cumpre destacar o fato de que tal Constituição trazia, em seu art. 179, uma declaração de direitos individuais e garantias, que permaneceu em constituições posteriores.

Após muitos anos de tentativas e organização, os republicanos proclamam a República Federativa, por um decreto, em 15 de novembro de 1889, instalando um governo provisório do qual era presidente o Marechal Deodoro da Fonseca. Em 1891, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, ainda sob o regime representativo, porém, dessa vez, adotou-se o presidencialismo como sistema de governo. O Poder Moderador foi extinto, sendo adotada a doutrina tripartite de Montesquieu⁴³. Sob o aspecto dos direitos fundamentais, o que mais interessa ao presente estudo, tal Carta aprimorou as declarações de direitos presentes na Constituição anterior, além de abolir a pena de galés, a de banimento e a de morte (com as ressalvas da legislação militar para os tempos de guerra) e foram protegidas, também, as clássicas liberdades privadas, civis e políticas⁴⁴.

Com o advento da Revolução de 1930 e a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, a questão social foi privilegiada. A Constituição de 1934 manteve algumas características da anterior, como a tripartição de poderes, o presidencialismo, e o regime representativo. No campo dos direitos e garantias individuais, inaugurou um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, sendo fortemente influenciada pela Constituição de Weimar⁴⁵. A Carta de 1934 é muito conhecida, também, pelo enfoque à legislação trabalhista e classista, além de instituir o voto secreto e o voto feminino⁴⁶.

O fim da II Guerra Mundial conduz à redemocratização do País e à instalação de uma nova Assembleia Constituinte em 1946. Para José Afonso da Silva, a Constituição de 1946 já “nasceu de costas para o futuro”, pois, em vez de ser elaborada com projeto preordenado, foi inspirada nas Constituições de 1891 e 1934⁴⁷. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino explicam que, em relação ao rol de

⁴³ SILVA, J. A. op.cit.p. 74-79.

⁴⁴ LENZA, P. op.cit. p. 97-98.

⁴⁵ SILVA, J. A. op.cit. p. 81-82.

⁴⁶ LENZA, P. op.cit.p. 103.

⁴⁷ SILVA, J.A. op.cit.p. 85.

direitos fundamentais, tal Constituição retoma os direitos assegurados pela anterior, acrescentando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, além da supressão da pena de morte, do banimento e do confisco. Outros avanços teriam sido a constitucionalização de direitos dos trabalhadores surgidos na era Vargas, além do advento do princípio de liberdade de criação e organização partidárias⁴⁸.

Ainda na vigência da Constituição de 1946, crises políticas instauraram-se conduzindo ao suicídio de Getúlio Vargas. Seu sucessor, Café Filho, foi eleito, porém adoeceu em seguida. Nesse ínterim, ocuparam a presidência da República o então presidente da Câmara dos Deputados, Carlos Luz; e o então presidente do Senado, Sen. Nereu Ramos, que veio a entregar o posto a Juscelino Kubitschek de Oliveira. Com o final de seu mandato, assumiu Jânio Quadros, que renunciou sete meses depois, vindo a ser sucedido por seu Vice, João Goulart. Jango é deposto, vindo a assumir o poder um Movimento Militar Revolucionário⁴⁹.

A Constituição de 1967, promulgada durante o governo militar, segundo descrevem Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁵⁰, é caracterizada pela preocupação com a “segurança nacional”. Na seara dos direitos fundamentais, diminui o rol de direitos individuais e, por outro lado, amplia os direitos dos trabalhadores.

Em 1969, o texto da Constituição de 1967 sofre alterações com a Emenda 1. Para Lenza⁵¹, as mudanças foram de proporção tamanha que se pode falar em um novo poder constituinte originário, mesmo que, formalmente, se tratasse apenas de uma emenda constitucional. O texto de 1969 preocupou-se em manter a aparência de um Estado Democrático de Direito, o que era desmentido pelas hipóteses de suspensão dos direitos individuais e pelos poderes especiais atribuídos ao Presidente da República⁵².

Mesmo durante a ditadura militar, os movimentos contrários nunca deixaram de existir. Tal resistência tomou corpo com a Proposta de Emenda Constitucional elaborada por Dante de Oliveira (PEC n.5/83), a qual propunha eleições diretas para o cargo de Presidente da República: era o início do movimento das “Diretas Já”.

⁴⁸ PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. op.cit.p.29-30.

⁴⁹ SILVA, J. A. op.cit. p. 85-86.

⁵⁰ PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. op.cit p.30.

⁵¹ LENZA, P. op.cit. p. 114.

⁵² PAULO, V; ALEXANDRINO, M. op.cit. p.31.

Embora a PEC tenha sido rejeitada, Tancredo Neves, um civil, foi eleito para o cargo. A morte de Tancredo comoveu o País. José Sarney, o Vice-Presidente, assumiu no lugar de Tancredo.

Uma nova Assembleia Nacional Constituinte foi convocada por meio da EC n.26, de 27 de novembro de 1985 e, em 5 de outubro, foi promulgada a Constituição Federal de 1988.

A nova Carta Magna representava um rompimento em relação ao regime militar que a antecedeu, sendo concebida a partir de ampla participação de vários segmentos da sociedade. Marmelstein⁵³ aduz que, muito embora não reflita a exata realidade brasileira, efetuou avanços no que diz respeito aos direitos fundamentais, sobretudo no que tange à redução das desigualdades sociais e à dignidade da pessoa humana. Ainda segundo o mesmo autor, desde o preâmbulo, a Carta de 1988 orienta uma interpretação conforme aos direitos sociais e individuais, à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça.

O caráter inovador da CF/88 não se limita, entretanto, ao seu preâmbulo. No corpo do texto, confere-se uma posição topográfica aos direitos fundamentais, atribuindo-lhes, segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁴, o *status* de parâmetro hermenêutico de toda a ordem constitucional e jurídica. Três características da Carta Magna, relacionadas aos direitos fundamentais, merecem destaque, sendo elas: o caráter analítico, o pluralismo e o cunho programático e dirigente.

O adjetivo analítico atribuído ao texto constitucional vigente deve-se ao número de dispositivos legais contemplados e à desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, segundo explica Sarlet. Já o pluralismo resultaria da vontade do constituinte em conciliar diversas posições e satisfazer diferentes segmentos da sociedade. O cunho programático, ainda de acordo com o mesmo autor, decorreria do fato de muitos dos dispositivos constitucionais serem dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo diretrizes a serem perseguidas.

Além do posicionamento topográfico, outra evidência da supremacia dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 é o *status* de cláusula pétre

⁵³ MARMELSTEIN, G. op.cit. p. 68-69.

⁵⁴ SARLET, I. W. op.cit. p.71-73

a eles conferido (art. 60, §4º), tornando-os insuprimíveis, mesmo que por emenda constitucional. Para salvaguardar os direitos, foi ainda colocado à disposição dos cidadãos instrumentos como o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação popular, a ação civil pública (a qual se dará maior enfoque no terceiro capítulo do presente trabalho), as ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, além das vias ordinárias, como bem discrimina Marmelstein⁵⁵.

Necessário dizer que, por contemplar normas com *status* de cláusulas pétreas, a Constituição de 1988 é considerada super-rígida para alguns autores, tendo em vista que, no que diz respeito às cláusulas pétreas, ela seria imutável. André Ramos Tavares⁵⁶ considera a atual Constituição brasileira como super-rígida e rígida, ao mesmo tempo. Isso porque, enquanto que nas rígidas o processo legislativo de alteração das normas constitucionais é extremamente rigoroso (quorum de aprovação maior e não intervenção do Poder Executivo por meio de veto ou sanção, por exemplo), nas super-rígidas a alteração é simplesmente impossível. Assim, a CF/88 seria super-rígida na parte tocante às cláusulas pétreas e rígida no restante dos dispositivos.

Dito isso, cumpre salientar que os direitos fundamentais (dotados de caráter pétreo) não estão limitados ao art. 5º da CF/88. Isso porque o art. 5º, §2º da Carta deixa expressa a existência de outros direitos fundamentais ao longo do texto, bem como em tratados internacionais, além da possibilidade de reconhecimento de novos direitos fundamentais. Atento a isso, Sarlet⁵⁷ chama atenção para o fato de que os direitos fundamentais não se encontram isolados, compondo um sistema materialmente fechado. O autor acrescenta, ainda, não ser possível traçar critérios abstratos e genéricos que possibilitem um reconhecimento de tais direitos, por possuírem eles algum caráter específico e comum.

Pelo que foi exposto até o presente momento, observa-se que os direitos fundamentais ocupam posição de destaque na atual Constituição, o que, segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁵⁸, explica o apelido por ela recebido: o de Constituição Cidadã. Para os autores, o fato de a Carta prever inúmeras obrigações

⁵⁵ MARMELSTEIN, G. op.cit. p. 69.

⁵⁶ TAVARES, A. R. op.cit. p. 69-71.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit. 79.

⁵⁸ PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. op.cit. p. 32.

positivas do Estado, passíveis de serem exigidas pela população sob a forma de direitos subjetivos, ensejou a alcunha, usada pela primeira vez por Ulysses Guimarães.

A promulgação da Carta Magna vigente, conforme o exposto até o presente momento, resultou de um amplo debate político, que contemplou os mais variados setores da sociedade. Viu-se, também, que o resultado de tal debate foi a grande projeção dada aos direitos fundamentais. Posto isso, se pode concluir, como o faz Marmelstein⁵⁹, que o modelo político-econômico da Carta vigente é o de *bem-estar social*, combinando o sistema capitalista com a responsabilidade do poder público em relação ao custeio social.

Embora notavelmente inovador o texto da Constituição Cidadã, se comparado aos anteriores, o extenso rol de direitos fundamentais recebeu diversas críticas. Uadi Lammego Bulos⁶⁰, por exemplo, considera a redação utópica, bem-intencionada, mas delirante. Isso porque o reconhecimento de uma enorme gama de direitos fundamentais, destoando da realidade em que se insere a sociedade brasileira, tornaria a Carta meramente simbólica, tendo em vista a impossibilidade de materialização de tais garantias, a menos que se complete o seu processo de maturação e desenvolvimento, conforme esclarece Krell⁶¹.

Essa maturação constitucional a que se refere poderia estar relacionada ao efetivo cumprimento do que dispõe o art.5º, §1º da CF/88, o qual diz que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ocorre que o constituinte não especificou de que forma essa aplicação imediata se daria.

Não se pode deixar de mencionar aqui a classificação de José Afonso da Silva⁶² sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, embora o presente estudo posicione-se contrariamente a esta. Para o autor, as normas constitucionais relacionadas aos direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto que as respeitantes aos direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo, mas algumas delas, em especial as que mencionam uma lei integradora, possuem eficácia limitada, e são de aplicabilidade

⁵⁹ MARMELSTEIN, G. op.cit. p. 77.

⁶⁰ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.486.

⁶¹ KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 26-27.

⁶² SILVA, J. A. op.cit. p. 180.

indireta. O constitucionalista acrescenta, ainda, que estas últimas normas são, sim, dotadas de caráter jurídico, adquirindo eficácia cada vez mais ampla à medida que se aperfeiçoam.

A exemplo de José Afonso da Silva, Sarlet⁶³ também enquadra certos direitos fundamentais como sendo normas programáticas, consistentes apenas em fins e direções destinadas ao legislador, não passíveis de serem aplicadas diretamente pelos magistrados.

Não obstante o endosso à classificação proposta por José Afonso da Silva, Sarlet acerta ao expor que o art.5º, §1º da CF não faz distinção dentre os direitos fundamentais, incluindo como fundamentais não só os constantes do art.5º, como também aqueles situados em outras partes do texto constitucional, a exemplo dos direitos sociais. O autor segue explicando que o sentido de tal mandamento seria a preocupação com um possível esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais.

Américo Bedê Freire Junior⁶⁴ discorda do caráter programático conferido a certos direitos fundamentais, defendendo que ao magistrado é permitida a materialização das normas constitucionais, não podendo os cidadãos ficar reféns da completude da legislação nem do dogma do positivismo.

Ainda em defesa da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, Freire Júnior expõe:

A aplicabilidade imediata, somada a uma interpretação constitucional de princípios, permite que exista uma verdadeira força vinculante da Constituição e não apenas das normas constitucionais que são consideradas convenientes pelos detentores do poder.

No parecer de Osvaldo Canela Junior⁶⁵, para quem o conteúdo do art.5º, §1º da CF/88 compreende, sim, a atividade jurisdicional como meio de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, um entendimento contrário iria de encontro à lógica e à ética, pois significaria o desrespeito à norma mais importante do Estado, como se não houvesse instrumentos processuais disponíveis para o cumprimento imediato de tais direitos.

⁶³SARLET, I. W. op.cit.p.248-256.

⁶⁴FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57, 67.

⁶⁵CANELA JÚNIOR, O. op.cit. p. 129, 54, 90-91.

É que existem duas dimensões dos direitos fundamentais, uma objetiva e outra subjetiva. A objetiva compreende a chamada irradiação dos direitos fundamentais, de modo a pautar a ação dos agentes públicos, satisfazendo espontaneamente os bens da vida assegurados constitucionalmente, via políticas públicas. Ocorre que nem sempre há uma satisfação espontânea, o que faz aflorar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, consistentes na prerrogativa do particular em exercer seu direito de ação, caso haja lesão a direitos constitucionalmente assegurados. Por todo o exposto, Canela Junior alerta que não se deve confundir a satisfação espontânea com a prerrogativa de exercício de pretensão em face do Estado.

Assim também o entende Marmelstein⁶⁶, para quem o ordenamento pátrio não faz distinção dentre os direitos fundamentais, sendo possível a utilização de todos os meios processuais disponíveis (mandado de injunção, ação civil pública, ação popular, arguição de descumprimento de preceito fundamental etc) para efetivar a sua proteção, independentemente de sua classificação ou enquadramento no texto constitucional.

O autor considera os direitos fundamentais como passíveis de exigibilidade e *justiciabilidade*, invocando, para encampar seu argumento, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seu artigo 8º diz que “todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”. A mesma tônica consta da CF/88, em seu art. 5º, XXXV, conhecido como princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Além da vasta doutrina citada, a jurisprudência do STF já se manifestou, por ocasião do AgI no RE 271.286⁶⁷, no sentido de que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”.

Não obstante o endosso doutrinário de Krell, Bedê Junior, Canela Junior, Marmelstein, além da mencionada jurisprudência do STF, alguns autores divergem de tal entendimento, acompanhando José Afonso da Silva e Sarlet no tratamento de

⁶⁶ MARMELSTEIN, G. op.cit. p.205, 325-326.

⁶⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n. 639337/SP**. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de setembro de 2000. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 16 de junho de 2013.

certos direitos fundamentais como normas programáticas, a exemplo de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino. No entendimento destes⁶⁸, embora a aplicabilidade seja a regra, alguns direitos fundamentais dependem de regulamentação para produzirem efeitos, possuindo, assim eficácia limitada, como seria o caso dos incisos X, XI, XII, XX, XXI, XXIII e XXVII do art. 7º da CF/88.

Como já foi anteriormente exposto, o presente trabalho posiciona-se favoravelmente à aplicação imediata dos direitos fundamentais, em estrita consonância ao texto constitucional vigente, rejeitando qualquer posicionamento que restrinja a aplicabilidade imediata prevista no art.5º, § 1º da CF.

A seguir, passar-se-á ao estudo dos direitos fundamentais sociais, foco do presente trabalho e fonte de grande parte das divergências doutrinárias na área do Direito Constitucional.

1.3 Direitos fundamentais sociais: localização, conceito e peculiaridades

Os direitos sociais encontram-se dispostos no Capítulo II do Título II da Constituição Federal de 1988. Conforme a explanação de José Afonso da Silva⁶⁹, tal capítulo encontra-se apartado do título referente à *ordem social*. Ainda de acordo com o autor, embora separados, o capítulo dos *direitos sociais* encontra relação direta com o título referente à *ordem social*, bem como com os *direitos econômicos*, porquanto, em seu entender, os *direitos econômicos* consistiriam em pressupostos da existência dos *direitos sociais*, uma vez que para a efetivação destes direitos é necessária uma política econômica intervencionista.

De acordo com o art.6º da Constituição Federal⁷⁰, os direitos sociais são: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

⁶⁸ PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. op.cit. p. 114.

⁶⁹ SILVA, J. A.. op.cit. p. 285-286.

⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

André Ramos Tavares⁷¹, observando a diversidade existente, propõe a uma divisão dos direitos sociais entre: direitos sociais dos trabalhadores, direitos sociais da seguridade social, direitos sociais de natureza econômica, direitos sociais da cultura e direitos sociais de segurança.

A simples enumeração de quais seriam esses direitos sociais, entretanto, não basta para o entendimento do seu verdadeiro significado, até porque o rol previsto pelo art.6º da Constituição não é taxativo. Oportuno, portanto, o conceito de direitos sociais proposto por José Afonso da Silva⁷²:

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

Na classificação de Karel Vasak, os direitos sociais encontram-se, conforme já mencionado, dentre os de segunda geração, consistindo em prestações positivas por parte do Estado, visando à isonomia substancial e social e figurando dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, elencados no art.1º, IV, da CF/88, conforme expõe Lenza⁷³.

Contudo, como explica Marmelstein⁷⁴, embora os direitos sociais sejam comumente destacados por seu caráter positivo, não se deve olvidar que todo direito fundamental também é caracterizado por gerar três formas de dever ao Estado: um dever de respeito (ficando impedido de violar direitos fundamentais), um dever de proteção (que implica a obrigação de editar normas de tutela a tais direitos), bem como um dever de promoção (consistente em possibilitar a fruição dos direitos fundamentais por parte dos menos favorecidos, por meio do desenvolvimento de políticas públicas). A partir dessa análise, o autor conclui ser possível a emissão de comandos concretos para a proteção dos direitos fundamentais por parte do Poder Judiciário, via acesso à justiça.

⁷¹ TAVARES, A. R. op.cit. p. 712.

⁷² SILVA, J.A. op.cit. p. 286-287.

⁷³ LENZA, P. op.cit. p. 838.

⁷⁴ MARMELSTEIN, G. op.cit.p. 320-325.

Cumpra saber quem são os destinatários desses direitos sociais. André Ramos Tavares⁷⁵ esclarece que tais direitos são destinados a todos os indivíduos, em especial os que necessitam de maior amparo do Estado, com a ressalva de que os direitos sociais dos trabalhadores somente a estes se aplicam.

Por serem muitas vezes considerados como normas programáticas – meros comandos destinados ao legislador – e, nesses casos, contrariarem a norma constitucional que determina a aplicação imediata dos direitos fundamentais (art. 5º §1º da CF), surge a discussão acerca da possibilidade da interferência do Poder Judiciário visando à observância de tais direitos.

Sobre o assunto, além dos supramencionados Marmelstein, Canela Junior, Bedê Junior e Krell, posiciona-se favoravelmente a tal intervenção Luís Roberto Barroso⁷⁶, o mais recente ministro do Supremo Tribunal Federal, para quem, atualmente, a Constituição ocupa o centro do ordenamento jurídico, atuando como filtro axiológico através do qual se deve interpretar o direito. De acordo com o constitucionalista, o administrador não só pode como deve pautar-se na Constituição de forma direta, independentemente da manifestação do legislador ordinário. Caso isso não ocorra, o judiciário estaria, sim, apto a efetuar o controle não só da legalidade do ato, mas também do seu mérito, desde que não substitua a discricionariedade do administrador pela do magistrado.

Kazuo Watanabe⁷⁷ posiciona-se de maneira diferente em relação ao assunto, estabelecendo uma classificação dos direitos sociais em três diferentes grupos: aqueles que constituem um “mínimo existencial”, compondo o núcleo básico do princípio da dignidade humana; os que, não obstante estarem excluídos do núcleo consistente no “mínimo existencial” possuem “densidade suficiente” para serem pleiteados em juízo, mesmo que sem prévia atuação do Poder Legislativo; e, por fim, os que consistem em “normas programáticas”.

João dos Passos Martins Neto⁷⁸ consegue, de certa forma, conciliar os dois posicionamentos anteriormente expostos:

⁷⁵ TAVARES, A. R. op.cit. p. 712-714.

⁷⁶ BARROSO, L. R. op.cit.p. 392-397, 399-400.

⁷⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. Supremo Tribunal Federal, políticas públicas e processo coletivo. **Cadernos de direito**, Piracicaba, n. 22, p. 7-22, 2012.

⁷⁸ MARTINS NETO, J.P. op.cit. p. 192.

Em resumo conclusivo, parece justificado afirmar que as *normas programáticas*, enquanto fixam *fins sociais* da ordem política, não deixam de ser, também elas, numa certa medida, *normas atributivas de direitos subjetivos*, muito embora, ao menos em regra, sob roupagem diferenciada daquela dos modelos clássicos.

O autor continua utilizando o termo “normas programáticas”, embora reconheça o caráter de direito subjetivo a tais normas, o que se faz presumir uma inclinação maior à corrente de Barroso, Canela Junior, Bedê Junior, Marmelstein e Krell do que propriamente à de Watanabe, Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino e Sarlet.

Apenas para exemplificar como em matéria de direitos sociais os entendimentos são diversos e as correntes de pensamento são em número muito maior do que apenas duas, tem-se o entendimento de Mendes, Coelho e Branco⁷⁹, para quem, em relação à interpretação constitucional dos direitos sociais, deve-se entender que o Estado está limitado a fatores de ordem material, mas, por outro lado, embora também seja equivocado o individualismo exacerbado, que rotula os pobres como “incompetentes” e defende o status de princípio constitucional à *liberdade de iniciativa* e à *livre concorrência*.

Ricardo Lobo Torres⁸⁰ defende que o “mínimo existencial” seria a forma de compatibilizar direitos fundamentais sociais e as limitações orçamentárias do Estado. Para ele, o mínimo existencial representa aquilo que não pode ser negado pelo Poder Público, que independe do juízo de discricionariedade do administrador e também de legislação infraconstitucional para sua efetivação. O que estivesse fora do mínimo existencial, estaria abrangido pelo juízo de conveniência e oportunidade inerente ao Poder Público.

Apesar de o mínimo existencial ser matéria do próximo capítulo, cumpre expressar uma breve discordância em relação ao posicionamento do autor, uma vez que o mínimo existencial é um conceito aberto, que tornaria o administrado refém do juízo do administrador, o que por si só denuncia a fragilidade de tal teoria.

O melhor entendimento, portanto, é o da interpretação literal do texto constitucional, com a aplicação imediata dos direitos fundamentais, inclusive os

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.714-715.

⁸⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais, **RDA**, Rio de Janeiro 177, jul/set, 1989, p. 29-32.

sociais. Qualquer artimanha que vise a diminuir o encargo econômico do Estado mediante o desrespeito a direitos fundamentais sociais é inconstitucional, além de representar afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e, por conseguinte, a diminuir a esfera de liberdades individuais.

2 CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O segundo capítulo deste trabalho é dividido em três partes.

O primeiro item demonstra o propósito da realização de um controle judicial de políticas públicas: preencher a lacuna deixada pelos outros dois poderes nos casos em que as políticas públicas não são realizadas, ou pelo menos não de forma suficiente. Por meio de um histórico é demonstrada as mudanças ocorridas na postura do poder judiciário ao longo dos tempos, até os dias atuais, com a adoção de uma interpretação das leis conforme à Constituição, com a irradiação do conteúdo dos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico pátrio. Após, conceituam-se as políticas públicas para, em seguida explicar a possibilidade de seu controle em razão do entendimento da legalidade em seu sentido amplo (normas e princípios constitucionais).

O segundo item trata de derrubar o argumento de que o princípio da separação de poderes constituiria um óbice ao controle judicial de políticas públicas, por meio de uma demonstração das mudanças enfrentadas por tal princípio através dos tempos. Nessa segunda parte do segundo capítulo, é destacada a impropriedade do vocábulo “separação de poderes”, esclarecendo que o seu verdadeiro compromisso – longe da separação absoluta entre Legislativo, Executivo e Judiciário – é o da harmonia entre essas três esferas. Ressalta-se, também, a contribuição da Constituição Federal de 1988 para a modificação do entendimento do princípio da separação de poderes no ordenamento pátrio, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro, além de levantar a questão da representação pelo direito, ante a falta de identidade entre povo e Parlamento. Ao final, demonstra-se que a autoneutralização do poder judiciário é potencialmente muito mais deletéria que o risco de um ativismo judicial exacerbado, já que este pode ser contido pelo princípio da proporcionalidade.

O último item aborda três conceitos estritamente relacionados ao controle judicial de políticas públicas: o *mínimo existencial*, a *reserva do possível* e o *princípio da proibição do retrocesso social*. Primeiramente, trata-se de demonstrar a

inviabilidade de aplicação do conceito vago referente ao mínimo existencial. Em seguida, o trabalho busca demonstrar que a cláusula da reserva do possível não deve ser invocada como forma de obstaculizar a consecução de direitos fundamentais sociais, uma vez que é tarefa do Legislativo e do Executivo manejar recursos de modo a alcançar os fins traçados pela Constituição brasileira. Por fim, o princípio da proibição do retrocesso social é demonstrado como um aliado ao alcance dos direitos fundamentais sociais, por impedir que seja esvaziado o seu conteúdo já concretizado.

2.1 Controle judicial de políticas públicas: hipóteses de admissão

Antes de adentrar a seara do controle judicial propriamente dito, cumpre analisar qual seria o caminho normal para a implementação de políticas públicas. Inicialmente, conforme preleciona Regis Fernandes de Oliveira⁸¹, o administrador deve traçar as prioridades a serem atendidas, utilizando como critério o interesse público. Estabelecidas tais prioridades, necessária se faz a aprovação de lei orçamentária ou de créditos especiais e complementares para, enfim, ser efetuada a despesa. O plano de gastos seria, portanto, uma decisão política.

Quando o Poder Público não satisfaz as necessidades básicas dos cidadãos mediante políticas públicas, seja por sua adoção insuficiente, seja por sua total inexistência, surge a necessidade do controle judicial de políticas públicas.

A fim de esclarecer a origem desse controle judicial, Osvaldo Canela Junior⁸² anota que desde a Revolução Francesa iniciou-se uma paulatina absorção das questões políticas por parte do Poder Judiciário. Tal absorção teria tomado corpo em 1803, nos Estados Unidos, com a decisão do caso *Marbury vs. Madison*, ponto de partida da análise da constitucionalidade das leis por parte da Suprema Corte. Essa mudança no papel do Poder Judiciário, ainda de acordo com Canela

⁸¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p.291,292.

⁸² CANELA JÚNIOR, O. op.cit. p. 73-74.

Junior, significou uma alteração na interpretação do princípio da separação de poderes de Montesquieu, porquanto conferiu ao Judiciário o controle final dos atos praticados pelos poderes Legislativo e Executivo.

Essa mudança de papel enfrentada pelo Judiciário implicou o que Luís Roberto Barroso⁸³ chama de fenômeno da constitucionalização do Direito, isto é, a irradiação do conteúdo das normas constitucionais por todo o sistema jurídico. Para o autor, os princípios e regras previstos na Constituição serviriam de condição para a validade e o sentido de toda a legislação infraconstitucional. Barroso aponta como reflexos desse fenômeno: a limitação da discricionariedade do Poder Legislativo, a imposição de dever de atuação deste para materializar direitos e programas constitucionais, a limitação da discricionariedade da Administração Pública, a imposição de dever de atuação desta, o fornecimento de subsídios para a cobrança por uma aplicação imediata da Constituição, a indicação do Poder Judiciário como parâmetro para o controle de constitucionalidade, bem como o condicionamento da interpretação de todas as normas do sistema ao texto constitucional.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁸⁴ atribuem a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro ao seu caráter rígido. Isso porque, a rigidez de uma Constituição enseja a supremacia formal do texto constitucional, o que implica a invalidação de todas as normas que contrariem o conteúdo da Carta Magna. Para que isso aconteça – destacam –, é necessário que a Lei Maior outorgue a um ou mais poderes a atividade de fiscalizar a norma infraconstitucional, visando à harmonia do ordenamento.

José dos Santos Carvalho Filho⁸⁵ ressalta que a importância do controle judicial dos atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário reside no fato de ser este um Poder “equidistante do interesse das pessoas públicas e privadas”, baseando-se, para isso, tão somente na lei e na Constituição.

Mesmo com essa paulatina mudança na atuação do Judiciário, Krell⁸⁶ defende que a sua função continua sendo jurisdicional, não se imiscuindo na do administrador, de elaborar políticas públicas. Ao Judiciário cumpre, tão somente,

⁸³ BARROSO, L. R. op.cit. p.376-377.

⁸⁴ PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. op.cit. p. 763.

⁸⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 999.

⁸⁶ KRELL, A. op.cit. p. 94.

impor a execução de políticas já previstas em lei ordinária e constitucional, tratando-se de uma atividade meramente corretiva⁸⁷, portanto.

Assim, o Judiciário é o principal responsável pelo controle posterior de constitucionalidade (realizado sobre a lei, e não mais sobre seu projeto), fazendo-o de forma difusa (no caso concreto, de forma incidental, por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário) ou de forma concentrada (por um único tribunal)⁸⁸.

Muito embora o controle judicial sofra algumas críticas, como a morosidade com que tramitam as ações, o obstáculo financeiro que representam as custas e honorários advocatícios, bem como o questionamento da efetividade das decisões judiciais, Odete Medauar⁸⁹ sustenta não ser possível substituir o controle judicial por outras técnicas de controle, o que origina a necessidade de seu aprimoramento.

A corroborar o entendimento de Medauar de que o controle judicial é insubstituível, Américo Bedê Freire Junior⁹⁰ afirma que a existência de princípios e conceitos indeterminados em nossa Constituição faz surgir a necessidade de que os juízes materializem tais normas, de modo que se deve superar dogma do positivismo e sua exigência de completude da legislação. Essa materialização não poderia ser conferida a outro poder que não o Judiciário.

Com o propósito de explicar como esse controle judicial acontece sob a perspectiva do cidadão, Jessé Torres Pereira Junior⁹¹ preleciona que o titular do direito lesado ou ameaçado, desde que preencha as condições da ação (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido) e atenda os requisitos de constituição e desenvolvimento regular do processo judicial (capacidade postulatória, competência de foro e juízo, representação por profissional habilitado, recolhimento das custas acaso devidas) pode provocar a atuação do Poder Judiciário, não constituindo tais requisitos uma afronta ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal). Pereira Junior segue explicando que se insere dentro da tutela jurisdicional o exame da

⁸⁷ CANELA JÚNIOR, O. op.cit. p. 89.

⁸⁸ LENZA, P. op.cit. p. 211-212, 216-217, 224, 237.

⁸⁹ MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: RT, 2012, p. 187-188.

⁹⁰ FREIRE JÚNIOR, A. B. op.cit. p. 57.

⁹¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.28-29, 31-32.

efetividade das obrigações de fazer que a lei impõe à Administração, bem como o exame da validade e eficácia dos atos administrativos.

Cumprido destacar, ainda, que as consequências do controle judicial na esfera de direitos do cidadão podem variar conforme o tipo de ilegalidade cometida pelo Poder Público. É que tal ilegalidade pode ocorrer tanto por condutas comissivas, quando por condutas omissivas. Canela Junior defende que quando há violação por condutas comissivas dos agentes públicos, que agem de forma contrária ao determinado pela lei (*lato sensu*), cabe ao Judiciário invalidar esses atos. Já na hipótese de o Poder Público permanecer inerte, sem realizar políticas públicas das quais necessitem os cidadãos, a hipótese seria de integração.

Assim, entendido o propósito da realização de um controle judicial, a sua origem histórica, a sua relevância dentro do ordenamento jurídico pátrio, a necessidade de uma interpretação do ordenamento jurídico conforme à Constituição Federal, bem como quais as consequências práticas do controle judicial na vida dos cidadãos, cumpre esclarecer o que são, afinal, as políticas públicas.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci⁹², as políticas públicas assim podem ser conceituadas:

[...] são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.

O conceito da autora, portanto, se coaduna com o já mencionado caminho “normal” descrito por Regis Fernandes de Oliveira, segundo o qual a decisão de realizar o gasto público é política. Bucci esclarece, ainda, que o vocábulo “políticas”, não deve ser confundido com o sentido de política partidária, mas deve, sim, ser compreendido como forma de conhecimento e organização do poder.

Osvaldo Canela Junior⁹³ também formula seu conceito de políticas públicas, porém sob uma perspectiva menos administrativa e mais constitucional. Para o autor “políticas públicas, no Brasil, são todas aquelas atividades desenvolvidas pelas

⁹² BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241-242.

⁹³ CANELA JÚNIOR, O. op.cit. p. 57.

formas de expressão do poder estatal tendentes à realização dos objetivos insculpidos no art. 3º da Constituição Federal”.

Canela Junior entende que os objetivos do Estado, previstos pelo art. 3º da CF/88, consagram a efetivação dos direitos fundamentais, em especial o da igualdade substancial. Assim, objetivos do Estado, direitos fundamentais e políticas públicas seriam ideias indissociáveis, de modo que nenhuma política pública poderia contrariar os direitos fundamentais ou os objetivos do Estado.

A endossar o conceito de Canela Junior tem-se a lição de Fernanda Marinela⁹⁴, para quem, muito embora o mérito dos atos administrativos não possa ser revisto, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes, cabe ao Poder Judiciário a análise da legalidade dos atos administrativos, sendo tal legalidade entendida em um sentido amplo, ou seja, caberia ao controle judicial auferir a compatibilidade com as normas e princípios constitucionais. A autora esclarece, ainda, que se encontra superado o entendimento de que apenas os atos vinculados, e não os discricionários, poderiam ser revistos pelo Judiciário, porque segundo o entendimento atual, a legalidade abrange os princípios constitucionais (moralidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade, por exemplo), o que implica a possibilidade de controle dos atos discricionários.

Já para Ada Pellegrini Grinover⁹⁵, atualmente há, sim, a possibilidade de controle de mérito do ato administrativo por parte do Poder Judiciário. Essa possibilidade teria surgido com a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), que previa algumas hipóteses de anulação de ato administrativo em razão do mérito. Com a CF/88, em especial em seu art.5º, LXXIII, que trata da ação popular, o campo de incidência do controle judicial passou da simples análise da legalidade para a da lesividade, muito mais abrangente. Como se viu, Barroso⁹⁶ também defende a possibilidade de controle do mérito dos atos administrativos.

O presente trabalho entende que, em verdade, as concepções de Marinela, Grinover e Barroso não dissidem, tendo em vista ser uma questão de mera nomenclatura: enquanto Marinela chama a possibilidade de *controle de legalidade*

⁹⁴ MARINELA, Fernanda. Análise sobre o controle judicial de questões subjetivas de concursos públicos. Disponível em: <<http://marinela.ma/artigos>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de brasileira de estudos constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, n.8, 2008.

⁹⁶ BARROSO, L.R. op.cit. p. 269-272.

em sentido amplo, Grinover e Barroso preferem chamar de *controle de mérito*, distinguindo *lesividade* de *ilegalidade*.

O importante é concluir que, sendo os objetivos do Estado normas constitucionais, as políticas públicas – atos administrativos emanados pela Administração – não poderiam se desviar de tais mandamentos. Caso as políticas públicas estejam em desacordo com os objetivos do Estado traçados pelo art. 3º da CF/88, o controle judicial estaria autorizado.

Da mesma forma, este tipo de controle pode ocorrer quando qualquer princípio constitucional for desrespeitado, mesmo em se tratando de ato discricionário da Administração. Além disso, não se deve olvidar que as políticas públicas devem espelhar o interesse público, como bem ressalta Jessé Torres Pereira Junior⁹⁷:

Considera-se superada a asserção de que o objeto do controle judicial dos atos da Administração Pública se circunscribe ao exame da legalidade dos elementos ou requisitos que lhe integram a estrutura morfológica, com exclusão de qualquer outra ótica. Pode ocorrer que o ato seja estruturalmente íntegro, vale dizer, sem vício de ilegalidade, porém padeça de máculas ruinosas da relação entre o que almeja a Administração e o que é do interesse público.

Bucci⁹⁸ reconhece que, sendo as políticas públicas o produto de uma escolha racional coletiva sobre as prioridades dos cidadãos, necessário se faz um processo de elaboração dessas políticas, a fim de tornar mais fácil o controle dos motivos e, ainda, diminuir as balizas da discricionariedade técnica. Para tanto, o processo de elaboração das políticas públicas passaria por três fases distintas: *formação*, *execução* e *avaliação*. A fase da *formação* consistiria em confrontar pressupostos técnicos e materiais provenientes de interesses não coincidentes. Em seguida, a fase de *execução* abrangeria medidas administrativas, financeiras e legais, de modo a viabilizar o programa. Por último, a *avaliação* possibilitaria a apreciação dos impactos sociais e jurídicos que seriam provocados por cada escolha possível. Dentre os benefícios da adoção desse processo, estaria a composição de interesses dissidentes. Pode-se acrescentar ainda, que o planejamento do administrador faz diminuir a necessidade de ingerência do Judiciário no ato administrativo.

⁹⁷ PEREIRA JUNIOR, J. T. op.cit. p. 51.

⁹⁸ BUCCI, M. P. D. op.cit.p. 264-267.

O controle judicial de políticas públicas, além da ampla aceitação que tem na doutrina, também é recepcionado pela jurisprudência pátria. O Supremo Tribunal Federal entendeu, no julgamento da decisão do agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 639.337/SP⁹⁹, que o comportamento do Poder Público de ignorar políticas públicas expressamente previstas no texto constitucional acentua o fenômeno da “erosão da consciência constitucional”. Os ministros rejeitaram a prática de fazer cumprir apenas os pontos da Constituição Federal convenientes aos governantes. O mesmo entendimento permeou o conteúdo da decisão em sede de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 603.575/SC¹⁰⁰, além de muitas outras que poderiam ser citadas.

Dessa forma, pode-se perceber que não só a doutrina, mas a jurisprudência já vem aceitando a possibilidade de controle judicial de políticas públicas em hipóteses de inércia administrativa.

Demonstrada a aceitação do controle judicial de políticas públicas por grande parte da doutrina e pela jurisprudência, o item a seguir tem o fito de desconstruir o argumento da separação de poderes como entrave à prática do controle judicial de políticas públicas.

2.2 Princípio da separação de poderes

A origem remota do princípio da separação de poderes está na *Política* de Aristóteles, onde o pensador grego professou a existência de três poderes, que deveriam ser exercidos pelo soberano, sendo eles: o de editar normas, o de aplicar as normas ao caso concreto e o de julgar. Mais tarde, Montesquieu viria a aprimorar

⁹⁹ _____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n. 639337/SP*. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 15 de setembro de 2011. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 12 de julho de 2013.

¹⁰⁰ _____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n. 603575/SC**. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 20 de abril de 2010. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 14 de julho de 2013.

o pensamento de Aristóteles, sustentando que as três funções deveriam ser exercidas por órgãos distintos, autônomos e independentes¹⁰¹.

Atualmente, o princípio da separação de poderes costuma ser invocado para obstar o controle judicial de políticas públicas, sob o argumento de que o Judiciário estaria extravasando o limite de sua atuação característica – a jurisdição – e invadindo a esfera de competência dos poderes Legislativo e Executivo.

Acerca das funções exercidas por cada Poder, Dirley da Cunha Junior explica que, enquanto a função legislativa cuida de formular regras gerais e abstratas, inovando a ordem jurídica, a função executiva exerce a atividade administrativa, ou seja, dá cumprimento ao estabelecido em lei, mediante a gestão de recursos públicos¹⁰². O Poder Judiciário, apesar de eventualmente praticar atos de natureza administrativa e legislativa, é caracterizado por exercer atos jurisdicionais, ou seja, “dizer o direito”, conforme a explanação de Michel Temer¹⁰³. Para ele, essa função jurisdicional é dotada de dois atributos únicos: a definitividade de suas decisões e a possibilidade de uso da força institucional do Estado para fazer cumpri-las.

Ocorre que, em havendo inércia do Executivo e do Legislativo na realização de suas funções no tocante à regulamentação e à execução das políticas públicas, o Poder Judiciário é constantemente chamado a exercer sua função jurisdicional. Nesses casos, por versarem as decisões sobre direitos sociais, situando-se na zona limítrofe do mérito administrativo, o princípio da separação de poderes, na sua forma clássica, é mitigado, ensejando críticas à atuação judicial, taxada pejorativamente de “ativismo judicial”.

Outras questões derivadas do princípio da separação de poderes são comumente invocadas como argumentos contrários ao controle judicial de políticas públicas. Ana Paula de Barcellos¹⁰⁴ destaca: a legitimidade democrática conferida apenas ao Legislativo e ao Executivo, o fato de se de ser a decisão sobre a aplicação de recursos financeiros do Estado de cunho político e a inaptidão do Judiciário para

¹⁰¹ LENZA, P. op.cit. p.397.

¹⁰² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 316.

¹⁰³ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 174-175.

¹⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 255.

avaliar os impactos financeiros ocasionados por suas decisões judiciais (perspectiva casuística e não global).

A adoção de tal entendimento ignora que o princípio da separação de poderes deve acompanhar as mudanças sociais, não podendo ser reproduzido tal qual à época de Montesquieu, em que o despotismo era uma realidade.

O sentido do princípio da separação de poderes, quando de seu surgimento, era a proteção dos direitos fundamentais de primeira geração, de modo a evitar a interferência da realeza nas decisões judiciais¹⁰⁵.

Tércio Sampaio Ferraz Junior¹⁰⁶ explica que, até a Revolução Francesa, a soberania concentrava-se no senhor feudal ou no rei. O autor segue explicando que, aos poucos, o rei foi substituído pela nação, ante a impossibilidade de controle da totalidade dos súditos. Essa substituição do rei pela nação garantia a unidade da soberania. A divisão clássica dos poderes assegurava uma separação entre direito e política que resguardava o Judiciário da influência desta. Já no Estado de Direito burguês, os julgamentos eram automatizados e específicos caso a caso, conferindo aos cidadãos uma segurança fundada na tipificação abstrata das normas e na universalização dos destinatários. Com o advento do Estado Liberal – prossegue Ferraz Junior – a neutralização do Poder Judiciário teve o condão de transferir o deletério uso da força, da política para o Judiciário, que passou a ser um filtro da violência estatal. Ocorre que o advento da sociedade tecnológica e do Estado Social impôs ao juiz uma atuação mais afinada com projetos de mudança social.

Para o autor, essa mudança na postura dos magistrados estaria assegurada por uma série de garantias correlatas entre si, tais como: a imunidade do juiz por seus atos de jurisdição, o princípio da coisa julgada e a segurança jurídica.

Krell cita Mancuso¹⁰⁷, para quem os Três Poderes devem atuar pautados na *efetividade*, o que ensejaria a possibilidade de se cobrar os compromissos constitucionais do Poder Público, sobretudo aquelas políticas sociais expressamente previstas pela Constituição.

¹⁰⁵ CANELA JÚNIOR, O. op.cit. p. 68.

¹⁰⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas**. Barueri: Manole, 2007, p. 399, 403-407.

¹⁰⁷ KRELL, A. op.cit. p. 90-91.

Ademais, como entende Dirley da Cunha Júnior¹⁰⁸, a chamada separação de poderes nada mais é do que a divisão de determinadas funções estatais a órgãos do Estado, o que tornaria a expressão “princípio da separação de poderes” equivocada. Segundo o jurista, a separação de poderes – ou de funções – de Montesquieu não era um critério absoluto, mas sim relativo, cujo propósito era o equilíbrio das funções. O caráter de dogma universal da separação dos poderes teria surgido com a Revolução Francesa, incluindo, no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que a não contemplação de tal princípio significaria a ausência de Constituição.

Percebe-se, portanto, o caráter liberal em que tal princípio tomou corpo. Canela Junior complementa a retrospectiva histórica traçada por Ferraz Junior, mencionando que, com o advento da Revolução Industrial, o consumo em massa por ela provocado e a integração global da informação, houve uma transação do Estado liberal para o Estado social. Assim, o Estado deixa de ser um mero protetor das liberdades individuais para ganhar uma função dirigente e intervencionista. É que a concentração de riqueza decorrente da Revolução Industrial originou grande miséria, dando ensejo a um novo sistema ético de referência: o da proteção dos direitos humanos. Tal mudança de paradigma foi documentada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁰⁹.

Assim, com o final da Segunda Guerra Mundial, buscava-se proteção aos direitos fundamentais e à democracia, que representavam a base do Estado Democrático de Direito que se almejava construir, conforme expõe Lenhard. Tal proteção teria sido atribuída à Jurisdição Constitucional. A fortalecer o processo de judicialização da política – prossegue a autora – criou-se a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos, determinando a adequação das legislações dos países integrantes aos direitos de seus respectivos cidadãos¹¹⁰.

¹⁰⁸ CUNHA JÚNIOR, D. op.cit. p. 316, 321-322.

¹⁰⁹ CANELA JÚNIOR, O. op.cit. p.70-72.

¹¹⁰ LENHARD, Vanessa Aparecida. Judicialização da política no debate constitucional contemporâneo. In: CUSTÓDIO, André Viana; CAMARGO, Mônica Ovinski de (Org.). **Estudos contemporâneos de direitos fundamentais: visões interdisciplinares**. v. 1. Curitiba: Multidéia, 2008. p. 77-78.

Krell¹¹¹ alerta para o perigo de se conferir caráter absoluto ao princípio da separação de poderes e para a nova roupagem que deve adquirir nos dias atuais:

Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.

Com razão, o autor expõe que o princípio da separação de poderes encontra hoje um novo propósito além daquele de conter os desmandos do Estado: o de conter a sua omissão.

Acerca das mudanças sociais ocorridas no Brasil e da consequente alteração na atuação do Poder Judiciário no sistema pátrio, Luís Roberto Barroso¹¹² esclarece que três fatores contribuíram para uma crescente judicialização de questões políticas e sociais no País: a redescoberta da cidadania provocada pela promulgação da Constituição Federal de 1988; a criação de novos direitos, de novas ações e da possibilidade de representação e substituição processuais; além da ascensão institucional do Judiciário, que deixou de exercer um papel técnico para desempenhar uma função política.

O autor segue explicando que nos últimos dois séculos, duas correntes surgiram: a primeira, mais tradicional, defende que a Constituição deve prevalecer sobre as leis, cabendo ao Judiciário aplicar o Direito, de modo a afirmar tal supremacia e a invalidar a lei inconstitucional; já a segunda, mais moderna, reconhece ao intérprete a atribuição de conferir sentido às normas jurídicas, preservando as condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. A controvérsia existente entre as duas correntes origina-se do fato de não ser o magistrado submetido a uma escolha popular, o que, para os mais conservadores, importa uma atuação mais contida do juiz, que fica adstrito à aplicação da lei.

Barroso manifesta-se no sentido de que não se deve confundir democracia e princípio majoritário, até pelo fato de que o uso da máquina pública em campanhas, o abuso do poder econômico e a manipulação dos meios de comunicação podem

¹¹¹ KRELL, A. op.cit. p. 88.

¹¹² BARROSO, L. R. op.cit. p. 407, 409-410, 413-414.

expressar *deficit* democrático mais relevante do que a ausência de processo eleitoral para a escolha de magistrados.

Ademais, a seleção de magistrados por voto popular representaria um risco à isenção das decisões judiciais, porquanto, conforme alerta Canela Junior¹¹³, aproximaria o juiz de compromissos político-partidários, em vez dos compromissos constitucionais, além de implicar a transitoriedade do cargo. Para o autor, nesse aspecto reside a relevância das garantias à carreira magistratura (art. 95, da Constituição Federal): o afastamento de injunções político-partidárias.

Outro aspecto relacionado à intersecção entre separação de poderes e participação popular é o destacado por Lenhard¹¹⁴, para quem a função representativa e as formas de soberania popular, por muito tempo, foram monopolizadas pelo Parlamento, de modo que o atual fenômeno da judicialização da política poderia significar uma participação popular por meio do direito. A autora complementa o pensamento citando Vianna, o qual conclui que tal fenômeno indica que o Parlamento pode não estar cumprindo o seu papel de representação da vontade majoritária e de garantia do direito das minorias.

Assim, a atuação judicial serviria para suprir uma lacuna deixada pelo Parlamento, que não vem cumprindo o seu compromisso de representar o povo, mas, ao contrário, ceifa os seus direitos no lugar de assegurá-los, mediante atuações inconstitucionais ou omissões de igual caráter. Nessa seara, Dirley da Cunha Júnior salienta que, estando o juiz autorizado a invalidar uma lei por inconstitucionalidade, com mais razão ainda, estaria ele autorizado a agir provisoriamente na hipótese de omissão do legislador, sem que isso deva ser interpretado como uma afronta ao princípio da separação de poderes. Até porque – conclui o autor – “*não existe liberdade de não normação* por parte do poder público, em razão de a omissão normativa impedir o desfrute de um direito fundamental constitucionalmente consagrado”.

Saul Tourinho Leal¹¹⁵ concorda com Dirley da Cunha Júnior quando este afirma que o STF passou exercer certa representação popular. Ainda segundo

¹¹³ CANELA JÚNIOR, O. op.cit. p. 100.

¹¹⁴ LENHARD, V. A. op.cit. p. 82.

¹¹⁵ TV JUSTIÇA. Ativismo judicial – aula 5. Disponível em: <<http://www.tvjustica.jus.br/index/ver-detalle-programa/idPrograma/212891/youtubeid/LmQ6BbeU8hl>>. Acesso em: 24. jul. 2013.

Tourinho Leal, o guardião da Constituição Federal incluiu em sua pauta temas cujo enfrentamento era evitado pelos demais poderes, contornando a omissão do Executivo e do Legislativo, a qual significava uma afronta não à população, mas à própria Constituição Federal.

Nessa toada, Ana Paula de Barcellos¹¹⁶ lembra-nos de que, sendo o princípio da dignidade humana o fundamento do Estado brasileiro, não é possível que a combinação do princípio da separação de poderes, da legitimidade democrática apenas do Legislativo e do Executivo, do caráter político das decisões referentes aos gastos públicos e da inaptidão do Judiciário para avaliar o impacto financeiro de suas decisões possa a ela – dignidade – se sobrepor.

Dessa forma, o Poder Judiciário pode até não possuir competência constitucional para criar programas ou determinar de que forma devem ser executados os atos legislativos e administrativos responsáveis por dar cumprimento aos direitos sociais, como admite Osvaldo Canela Junior¹¹⁷, mas cabe à função jurisdicional o papel de dirimir conflitos de interesses entre os titulares de direitos sociais e o Estado, fazendo valer o propósito maior da Constituição, que é a dignidade da pessoa humana.

Sobre o assunto, Ricardo de Barros Leonel¹¹⁸ dá a sua contribuição:

Em posição equilibrada, que pode ser compreendida não como um desmedido ativismo judicial (que abre ao juiz a possibilidade de descumprir a lei, ou mesmo a pretexto de realizar princípios constitucionais e assumir a condição, na prática, de legislador), é viável identificar como legítima a ideia de um “ativismo moderado” ou “positivismo” ou “legalismo revisado”, em que a lei deve ser cumprida por todos, inclusive pelo Poder Judiciário, mas sua interpretação e aplicação devem ter como pano de fundo toda a moldura e substância do ordenamento constitucional brasileiro que, em última análise, legitima a atividade legislativa, a atividade do administrador público e a atividade judicial.

Deve-se levar em conta, porém, que, se por um lado, tal entendimento visa a contornar um eventual ativismo judicial exacerbado, por outro, corre-se o risco de incidir em uma autoneutralização do Poder Judiciário. Segundo Osvaldo Canela Junior¹¹⁹, tal neutralização é deletéria para os direitos fundamentais sociais, porquanto a mera absorção do conflito pelo Poder Judiciária faz esvaziar o conteúdo

¹¹⁶ BARCELLOS, A. P. op.cit. p. 251, 256.

¹¹⁷ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. op.cit. p. 92-93.

¹¹⁸ LEONEL, R. B. op.cit.p. 7-22.

¹¹⁹ CANELA JÚNIOR, O. op.cit. p. 106-107,113.

dos direitos fundamentais sociais e do Estado de Direito. Não cabe ao Judiciário, de acordo com o autor, esquivar-se de sua função precípua – “dizer o direito” – por conta do impacto orçamentário que suas decisões podem causar, por exemplo. Isto seria da alçada do Legislativo e do Executivo, que devem trabalhar a fim de alcançar uma harmonia financeira, de modo a viabilizar o alcance dos objetivos do Estado.

Ademais, não se prega aqui a desmedida intervenção judicial, mas sim o seu controle quando, por atuação ou omissão, os Poderes Legislativo e Executivo afrontarem direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Assim também o entende Ada Pellegrini Grinover¹²⁰, para quem, demonstrada a irrazoabilidade de ato discricionário do Poder Público, fica autorizado o controle judicial de políticas públicas, o qual deve ser exercido dentro das balizas do princípio da proporcionalidade.

Vale ressaltar que mecanismos como a reserva de consciência – ou princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, como equipara Freire Júnior – representam limites à atuação judicial, contendo eventuais ingerências deletérias do Judiciário sobre os demais poderes.

Com efeito, a atuação judicial em hipóteses de atuação inconstitucional dos poderes Legislativo e Executivo, ou mesmo de inércia destes na consecução de direitos fundamentais sociais, não representa afronta ao princípio da separação de poderes, porquanto, como se demonstrou, é da alçada do Judiciário, por meio da sua função jurisdicional, dirimir conflitos entre os administrados e o Poder Público. Ademais, o princípio da separação de poderes sofreu modificações desde a sua remota concepção por Aristóteles e seu aprimoramento por Montesquieu, de modo que, atualmente, deve estar afinado com projetos de mudança social, bem como estar comprometido com o valor da dignidade da pessoa humana: fundamento do Estado brasileiro. A pautar a atuação jurisdicional, tem-se o princípio da proporcionalidade, antídoto ao ativismo judicial exacerbado.

¹²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. op.cit.

2.3 Mínimo existencial, reserva do possível e proibição do retrocesso

O debate acerca da possibilidade do controle de políticas públicas pelo Judiciário relaciona-se, além do princípio da separação de poderes já abordado no item anterior, aos conceitos de mínimo existencial, reserva do possível e proibição do retrocesso. A relação próxima de tais conceitos favorece a sua abordagem conjunta.

A ideia de um mínimo existencial é de difícil conceituação. No entendimento de Ana Paula de Barcellos¹²¹, os enunciados normativos constitucionais, em sua grande parte, apresentam-se sob a forma de princípios ou subprincípios mais ou menos determinados. Diante de tal situação, deixar a cargo do Executivo e do Legislativo a tarefa de determinar sentido a tais disposições seria o mesmo que reconhecer que o texto Constitucional carece de conteúdo. Ante essa problemática, a autora atribui ao consenso social a tarefa de estabelecer um conteúdo mínimo do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro. Para ela, a sociedade que não é capaz de chegar a um consenso do que seria o mínimo da dignidade, encontra-se em crise ética e moral, a ponto de desconhecer a própria noção de dignidade.

O consenso social defendido por Barcellos, coincidente com a ideia de mínimo existencial, é assim conceituado por ela:

[...] conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.

Ricardo Lobo Torres¹²² concorda com Ana Paula de Barcellos sobre a dificuldade da conceituação do mínimo existencial, mas indica que este está relacionado à liberdade, aos princípios constitucionais da igualdade, do devido

¹²¹ BARCELLOS, A. P. op.cit. p. 241-243, 251.

¹²² TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. 3. ed. 5.v. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 364, 372-373.

processo legal e da livre iniciativa, à Declaração dos Direitos Humanos e às imunidades e privilégios do cidadão. Torres entende que os direitos à alimentação, saúde e educação não são originariamente fundamentais, possuindo a característica de fundamentalidade apenas no que diz respeito a uma parcela mínima, sem a qual o ser humano não sobreviveria. A dimensão máxima de tais direitos deveria ser obtida mediante o exercício da cidadania reivindicatória e a prática orçamentária, pelo processo democrático. É que, para ele, a primazia dos direitos sociais sobre as liberdades individuais teria inviabilizado o Estado Social de Direito, não permitindo a eficácia deste nem mesmo em sua dimensão mínima.

Luís Roberto Barroso¹²³ deixa claro que o conteúdo do “mínimo existencial” depende da visão subjetiva de quem o elabore. O autor fala, assim como Barcellos, na existência de um consenso social, que incluiria no conceito de mínimo existencial, pelo menos, renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Percebe-se, pois, que as tentativas de conferir conteúdo a tal conceito estão fadadas à vagueza é à subjetividade.

Assim também o entende Marmelstein¹²⁴, que atribui ao conceito do “mínimo existencial” duas facetas: uma positiva e outra negativa. A positiva seria o fato de consistir em uma amostra da crescente preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais. De outro lado, o caráter negativo estaria na possibilidade de esvaziamento da força jurídica dos direitos sociais, a depender do intérprete.

Caminhando junto ao conceito de um “mínimo existencial”, tem-se a noção de “reserva do possível”, surgida na Alemanha, que vincula o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações referentes aos direitos sociais à disponibilidade de recursos públicos¹²⁵. Assim, o “mínimo existencial” representaria um filtro para, na hipótese de limitação de recursos financeiros, selecionar quais os direitos fundamentais sociais devem ser priorizados. Essa opção entre investir em um ou outro direito social é chamada pela doutrina de “escolha trágica”¹²⁶, tendo em vista a necessidade de se priorizar uma área, mesmo que outras careçam igualmente de investimento público. Um exemplo de escolha trágica seria optar entre investir em saneamento básico ou leitos de UTI, em um município pobre do interior do Brasil. A

¹²³ BARROSO, L. R. op.cit. p. 253.

¹²⁴ MARMELSTEIN, G. op.cit. p. 315-316.

¹²⁵ CUNHA JÚNIOR, D. op.cit. p. 307.

¹²⁶ BARCELLOS, A. P. op.cit.p. 281.

inexistência de saneamento básico ou a insuficiência de leitos de UTI significa que direitos fundamentais estão sendo violados, daí o caráter trágico da escolha.

Há de se ressaltar que, no entendimento de Lobo Torres¹²⁷, a reserva do possível não limita a proteção positiva do “mínimo existencial”, por entender que os direitos sociais não são fundamentais senão no que diz respeito a este seu núcleo essencial. Dessa forma, constituindo o “mínimo existencial” a seara fundamental dos direitos sociais, aquele não seria passível de limitação.

Ora, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹²⁸, a Constituição brasileira não faz distinção entre os direitos sociais, atribuindo a todos eles, sem exceções, caráter de fundamentalidade (é não apenas a um núcleo, como defende Lobo Torres). Com isso, se o argumento para limitar a proteção dos direitos sociais, mediante a criação de um “mínimo existencial”, é o de não serem estes fundamentais, tal não procede. É que a eleição do que representa esse mínimo, seja pela doutrina, seja pelo consenso social sugerido por Barcellos e Barroso, apenas criaria limites não expressos pela Lei Maior, justamente em seu núcleo duro: os direitos fundamentais, protegidos por cláusulas pétreas.

Na Alemanha, conforme estudo comparado realizado por Krell¹²⁹, os direitos sociais foram suprimidos do texto constitucional, por entenderem os alemães que constituiria uma utopia a sua previsão constitucional. Ocorre que, conforme alerta o mesmo autor, a diferença entre a realidade brasileira e a alemã é abissal. Daí não ser viável a adoção de um parâmetro como a reserva do possível no ordenamento brasileiro, mediante a importação de tal conceito da doutrina alemã, inserida em contexto sócio-cultural e econômico-político completamente distinto.

A concordar com Krell tem-se Cunha Júnior¹³⁰, que acrescenta, ainda, como fator contrário à importação do conceito de “reserva do possível” o fato de ser a Constituição brasileira de cunho dirigente, fixando diretrizes e metas a serem seguidas para a realização de políticas públicas socialmente ativas. Esse caráter dirigente estaria diretamente relacionado ao fato de ser o Brasil um país cuja

¹²⁷ TORRES, R. L. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. op.cit.p. 407.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE**. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal: Ministro Gilmar Mendes, DF, 17 de março de 2010. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 29 de julho de 2013.

¹²⁹ KRELL, A. op.cit. p. 26, 42, 46.

¹³⁰ CUNHA JÚNIOR, D. op.cit. p. 308-309.

população é carente de serviços básicos à sobrevivência digna, o que não acontece em um país economicamente desenvolvido como a Alemanha.

Tendo em conta a diferença existente entre a realidade brasileira e a de países economicamente desenvolvidos, não procede o argumento de Lobo Torres¹³¹ de que o Judiciário brasileiro adjudica bens públicos individualizados em vez de determinar a implementação de políticas públicas adequadas, direcionando a renda pública para as elites. Isso porque, ao contrário do que argumenta – usando para isso doutrina estrangeira –, não são as elites as beneficiárias do controle judicial de políticas públicas, mas a população que depende de serviços públicos de educação e saúde, por exemplo. Ademais, a perspectiva de Lobo Torres é equivocada, à medida que devem ser aperfeiçoadas as políticas públicas e otimizados os gastos de mesma natureza, de modo a atender os mais necessitados, e não reduzir direitos fundamentais sociais sob o argumento de que o sistema é corrupto e falho.

Oswaldo Canela Junior¹³² segue na mesma linha de Krell e Cunha Júnior, e também esposada pelo presente trabalho, defendendo que o impacto orçamentário gerado pelas decisões judiciais é problema concernente ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. Segundo tal entendimento, o trânsito em julgado das decisões judiciais vincularia o orçamento à plena satisfação dos bens da vida assegurados pela via judicial, constituindo o orçamento uma garantia de que os recursos públicos serão utilizados da forma como previsto na Constituição. O autor segue atacando a cláusula da reserva do possível:

Do ponto de vista do Estado social, o orçamento não pode ser óbice à concessão dos direitos fundamentais sociais, mas seu instrumento de realização. A ausência de recursos não é indicativo de que o direito fundamental social não poderá ser concedido, mas fator que determinará a redistribuição dos recursos existentes e a promoção das decisões políticas que elegerão os financiadores deste gasto público.

Dessa forma, cabe ao Executivo e ao Legislativo manejar os recursos de modo a viabilizar o atendimento dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos e não usar de artifícios importados, como os conceitos de “mínimo existencial” e “reserva do possível” para obstar a consecução das finalidades traçadas pelo legislador originário.

¹³¹ TORRES, R. L. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. op.cit. p. 408-409, 415.

¹³² CANELA JÚNIOR, O. op.cit. p. 106,108.

O que se deve evitar, como lembra Marmelstein¹³³, é que a ausência de meios materiais para dar cumprimento às decisões judiciais se reflita na forma de um desprestígio do julgado. Dessa forma, os direitos fundamentais que impliquem grande impacto financeiro ao Estado devem ser providos da forma mais cuidadosa possível. O autor prossegue destacando, entretanto, que tal não justifica que se banalize o discurso da “reserva do possível”. A invocação deste argumento deveria vir acompanhado de uma efetiva demonstração da impossibilidade de cumprimento do julgado por parte da Administração, verdadeira responsável pelo manejo do orçamento.

Como meio de fazer frente às despesas com direitos fundamentais sociais, tem-se a opção de aumentar a receita, como lembra Barcellos¹³⁴. A autora acrescenta que, em não se tratando de Estado com população miserável, há sempre capacidade contributiva dos administrados, que possibilita o aumento da receita.

Acerca da utilização da cláusula da “reserva do possível”, o Ministro Celso de Mello assim se pronunciou quando do julgamento da ADPF 45¹³⁵:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Apesar da significativa evolução experimentada pela jurisprudência ao reconhecer que a cláusula da “reserva do possível” não pode ser invocada para obstar a consecução de direitos fundamentais sociais, o presente trabalho entende ser necessário ir mais longe, a começar pela superação de conceitos vagos e limitadores dos direitos sociais, a exemplo do “mínimo existencial”, que, como visto anteriormente, são importados de realidades alienígenas absolutamente discrepantes da brasileira.

Assim, o presente trabalho entende que, mesmo àqueles doutrinadores que, a exemplo de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino¹³⁶, defendem a obrigatoriedade

¹³³ MARMELSTEIN, G. op.cit. p. 322-324.

¹³⁴ BARCELLOS, A. P. op.cit.p. 281.

¹³⁵ _____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF**. Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 23 de outubro de 2012.

de efetivação dos direitos sociais assegurados constitucionalmente pelo Poder Público, com a impossibilidade financeira como única ressalva, não assiste razão. É que os recursos devem ser utilizados de modo a atender aos direitos fundamentais sociais e em não ocorrendo isso, o Judiciário está autorizado a corrigir essa falta do Poder Público que, com o trânsito em julgado, será obrigado a garantir tais direitos de toda forma.

Cumpra acrescentar que, uma vez alcançado determinado patamar de proteção aos direitos, há um obstáculo à sua redução ou esvaziamento: é o chamado princípio da vedação do retrocesso, ou *effet cliquet*. Tal princípio, segundo Lenza¹³⁷, impediria o retrocesso não apenas mediante lei, mas também pela vedação de reformas à constituição que impliquem a redução ou o esvaziamento de direitos outrora assegurados.

No que diz respeito à matéria social, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino¹³⁸ acrescentam que a vedação do retrocesso constitui uma dimensão negativa dos direitos sociais de natureza prestacional, como saúde e educação. Para os autores, a redução de níveis já concretizados dessas prerrogativas apenas é possível por meio de políticas compensatórias a serem implementadas pelas instâncias governamentais.

Com efeito, a vagueza do conceito de um “mínimo existencial” – mínimo necessário para que se tenha uma existência digna –, bem como a utilização da cláusula da “reserva do possível” como desculpa do Poder Público para descumprir os objetivos traçados pela Constituição Federal em seu art. 3º devem ser rechaçados pelo ordenamento jurídico pátrio, a fim de possibilitar a consecução dos direitos fundamentais sociais. A fortalecer tal entendimento, tem-se o princípio da proibição do retrocesso, consistente em vedar que o conteúdo de direitos já concretizados seja esvaziado, seja pela lei, seja por reformas ao texto constitucional.

¹³⁶ PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. op.cit. p. 251.

¹³⁷ LENZA, P. op.cit. p. 846.

¹³⁸ PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. op.cit. p. 257.

3 PROCESSO COLETIVO E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O terceiro capítulo é dividido em três itens. O primeiro deles visa a convencer o leitor de que o uso do processo coletivo consiste na melhor técnica processual para atender às demandas relacionadas aos direitos fundamentais sociais, porque leva em conta o viés coletivo inerente a tais direitos, contorna as disparidades decorrentes prestações jurisdicionais individuais, evita perturbações no planejamento orçamentário do Poder Público no que concerne às políticas públicas, além de diminuir a espera por prestação jurisdicional, contemplando o princípio constitucional da celeridade processual.

No segundo item, dando continuidade à defesa do processo coletivo na tutela dos direitos fundamentais sociais, primeiramente é demonstrado o caráter difuso destes direitos, para em seguida ser traçado um histórico da ação civil pública, bem como serem delimitados os seus aspectos mais controversos, como legitimação ativa e coisa julgada. Para tanto, é invocada a doutrina mais moderna, que alerta para a inviabilidade da importação de instrumentos do processo individual clássico, defendendo a relativização da coisa julgada, bem como a releitura do cumprimento de sentença.

No terceiro e último item do terceiro capítulo, é proposto um debate, mediante a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, apontando os aspectos a serem repensados, no que diz respeito ao tratamento dos direitos fundamentais sociais em sua dimensão difusa.

3.1 A pertinência do processo coletivo nas demandas por direitos fundamentais sociais

O modelo jurídico surgido a partir da Revolução Francesa contemplava unicamente o direito individual, de modo que apenas ao titular do direito lesado

cabia o ajuizamento da demanda relacionada, adquirindo esta o formato *sujeito x sujeito* ou *credor x devedor*¹³⁹.

Ainda sob o caráter individualista do Estado liberal, o direito processual, conforme preleciona Osvaldo Canela Junior¹⁴⁰, surgiu em 1868, na Alemanha, com a publicação da *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*, de Oskar Von Büllow. A teoria do instrumentalismo contribuiria para o início de uma evolução processual, conferindo um cunho mais social e político à jurisdição. Não obstante a evolução processual em curso, Canela Junior alerta para a instauração de uma crise metodológica, na medida em que o ordenamento jurídico reconhece direitos subjetivos constitucionalmente assegurados, mas o direito processual ainda põe em dúvida a possibilidade de prestação de tais direitos pela via judicial. Grosso modo, é como se, após o advento dos direitos materiais de segunda e terceira gerações, o processual continuasse estagnado na primeira geração.

Ainda no entender de Canela Junior, os direitos constitucionais subjetivos, constantes do art. 6º da Constituição brasileira, não dependem de normatização infraconstitucional. Afinal, admiti-lo seria o mesmo que negar aplicação a um direito material constitucionalmente previsto por ausência de instrumentos processuais. O autor aponta para uma inversão de parâmetros: o direito processual, que deveria oportunizar a discussão acerca da melhor forma de se aplicar direitos fundamentais, acaba por sobrepô-los em importância.

Andrade¹⁴¹, em obra sobre direitos difusos e coletivos, defende que, ao contrário dos direitos individuais, os direitos de segunda e terceira gerações devem possuir instrumentos, princípios, regras interpretativas e institutos processuais próprios, recebendo tratamento adequado ao seu caráter de tutela coletiva.

Carlos Alberto de Salles¹⁴² alerta para o fato de que um direito social pode, mesmo que pleiteado individualmente, representar um ganho social, desde que seja indivisível. Algumas vezes, porém, a via individual pode implicar uma série de consequências indesejadas, como a ignorância de características coletivas da

¹³⁹ ANDRADE, Adriano et al. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. São Paulo: Método, 2011, p. 8.

¹⁴⁰ CANELA JÚNIOR, O. op.cit. p. 125-126, 129, 131, 135.

¹⁴¹ ANDRADE, A. et al. op.cit. p. 6.

¹⁴² SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 801, 805-806.

demanda, a afronta ao princípio da igualdade ocasionada por decisões diferentes proferidas em casos análogos e os prejuízos ao planejamento orçamentário do Poder Público no tocante às políticas públicas:

As ações individuais podem ter efeito disfuncional sob três aspectos fundamentais: (1) conduzindo a uma apreciação judicial incompleta, decorrente da não-valorização daqueles fatores relacionados à faceta coletiva no qual o direito individual se insere; (2) criando assimetrias entre sujeitos em idêntica situação, por exemplo, ao conceder um benefício para o autor para o qual outros sujeitos estavam credenciados; (3) desorganizando políticas públicas previamente existentes ao fazer prevalecer critérios diversos daqueles adotados por seu gestor.

Dentro desses aspectos negativos do uso das ações individuais, a faceta coletiva a que se refere Carlos Alberto de Salles, se entendida como uma diferenciação entre direitos metaindividuais e os individuais, requer o esclarecimento de que a soma de direitos individuais não torna um direito metaindividual. Essa tal faceta coletiva relega a segundo plano o individualismo egoísta, unindo esforços ao alcance de um bem comum. A coletividade, aqui, tem um sentido muito mais próximo aos mais gerais e profundos anseios da sociedade, representados pelos direitos difusos¹⁴³. O tratamento dos direitos sociais como direitos difusos implica uma concepção mais ampla da problemática da eficácia dos direitos sociais, à medida que não se preocupa apenas com a prestação jurisdicional caso a caso (dando um medicamento, ou realizando uma cirurgia, por exemplo), mas contempla o direito sob uma perspectiva maior, tendente à realização dos objetivos do Estado traçados pelo art. 3º da Constituição da República. O caráter difuso dos direitos fundamentais sociais será objeto de maior aprofundamento no terceiro item deste capítulo.

Já no que diz respeito ao impacto financeiro provocado pelas demandas individuais, há que se esclarecer que, muito embora o presente trabalho se oponha à importação da cláusula da reserva do possível, endossando a doutrina de Krell, Cunha Junior, Canela Junior e tantos outros, há que se reconhecer que o controle judicial de políticas públicas exerce, sim, uma influência no planejamento financeiro do Estado, sobretudo se realizado mediante demandas individuais. Importante repisar, portanto, a lição de Marmelstein¹⁴⁴, já citada no presente trabalho, que

¹⁴³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 54-55, 83, 129.

¹⁴⁴ MARMELSTEIN, G. op.cit. p. 324.

defende o máximo cuidado na prestação jurisdicional em casos de direitos fundamentais sociais que impliquem despesas vultuosas. Nessa toada, o processo coletivo surgiria como uma forma de suavizar os reflexos financeiros do controle judicial de políticas públicas, porquanto tornaria mais previsível o impacto financeiro originado.

A proposta para viabilizar esse modelo parte de Canela Junior, que propõe divisão do processo coletivo em duas etapas: a primeira é a *declaratória* do direito fundamental violado e a segunda é a de *cumprimento* da sentença. Dessa forma, mesmo que não haja recursos financeiros disponíveis, nada impediria o reconhecimento do direito violado, ficando o provimento jurisdicional ajustado de acordo com critérios programáticos. Isso, segundo o autor, significaria uma paulatina transição do Estado liberal para o Estado social.

Acerca da ameaça que o ajuizamento de demandas individuais representa ao princípio da igualdade, tem-se que os direitos sociais são direitos de segunda geração, consistentes em prestações positivas pelo Estado, surgidos à época da Revolução Industrial, tornando ilógico que sejam obtidos pela via individual, ferindo seu propósito maior: a superação da igualdade meramente formal, de modo a garantir o pleno gozo das liberdades individuais.

Além de todos os motivos enumerados por Salles e comentados pelo presente trabalho, outro fator que deve ser levado em conta para a superação das demandas individuais respeitantes a direitos sociais é a demora na prestação jurisdicional. Para Appio¹⁴⁵, o caráter mandamental das ações coletivas, além de acelerar a prestação do bem da vida e contemplar, de uma só vez, todos os atingidos, ainda consagra o princípio do acesso à justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, porquanto constitui um direito subjetivo público, fomentando o exercício da cidadania pelo povo, tão temido pela ideologia neoliberal.

Mancuso¹⁴⁶, reconhecendo que o arsenal processual encontra-se defasado frente às novas exigências surgidas em relação ao acesso à justiça dos interesses metaindividuais, vislumbra a demanda por uma adaptação criativa do direito processual. É que, segundo entende, não seria viável aguardar por uma completa

¹⁴⁵ Appio, Eduardo. **A ação civil pública no Estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 18-19, 26.

¹⁴⁶ MANCUSO, R. C. . **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. op.cit. p. 268-269.

adaptação do processo para só então viabilizar a tutela coletiva. A urgência estaria no risco que a demora na prestação jurisdicional representa, ameaçando a paz social. Tal se mostra verossímil, tendo em vista os protestos ocorridos no País a partir do mês de junho do corrente ano, que demonstram, dentre outras coisas, a insatisfação da população em relação aos serviços básicos oferecidos pelo Estado.

Acerca da atividade criativa mencionada por Mancuso, Osvaldo Canela Junior¹⁴⁷ manifesta-se no sentido de que a satisfação dos direitos fundamentais sociais pertence, prioritariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo, constituindo as políticas públicas o veículo material dessa atividade. Nos casos de violação dos direitos fundamentais sociais, aí sim estaria autorizado o Poder Judiciário a realizar a atividade criativa, sempre pautado no princípio da proporcionalidade, critério limitador da atividade jurisdicional no âmbito das políticas públicas e mantenedor do equilíbrio do sistema.

Essa mudança, para Mancuso¹⁴⁸, estaria calcada no desenvolvimento histórico-político pelo qual passou o Estado moderno que, anteriormente ocupava o papel de fonte produtora de normas (com a supremacia do Poder Legislativo) e, hoje, passou a representar uma fonte provedora e mantenedora de políticas públicas, cujo objetivo maior é o bem comum. Ainda de acordo com o autor, a linha progressista adotada reflete a superação de uma concepção de Estado meramente formal (com correspondência teórica entre conduta administrativa e norma de regência) em favor de um Estado de Direito material. Nesse Estado de Direito, a simples correspondência entre a conduta estatal e a norma de regência não basta: os atos de cada um dos Três Poderes devem estar respaldados por um contexto político-social para possuírem validade e legitimidade.

Com efeito, as demandas individuais implicam uma série de consequências deletérias às políticas públicas. A maneira mais adequada de evitar tais consequências sempre será o fiel cumprimento das funções estatais por cada um dos Três Poderes. A forma convencional de elaboração e implementação de políticas públicas, tal qual descrita por Regis Fernandes de Oliveira¹⁴⁹, otimiza

¹⁴⁷ CANELA JÚNIOR, O. op.cit.p. 153, p. 168.

¹⁴⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: Milaré, Édis (Org.). **Ação civil pública**: lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: RT, 2001. p. 723, 736.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, R. F. op.cit. p.291-292.

recursos e resguarda direitos. Apenas na hipótese de descumprimento de direitos fundamentais sociais, o controle judicial de políticas públicas se faz necessário. Como é intolerável o cerceamento de direitos constitucionalmente assegurados, sobretudo os fundamentais, cumpre aos estudiosos pensar soluções que minimizem os danos aos titulares de direitos lesados. Daí a pertinência do processo coletivo: superior às demandas individuais, porém menos desejável que a satisfação espontânea dos direitos sociais pelo Poder Público.

3.2 Ação civil pública: principais aspectos e adaptações necessárias

Como se viu no item anterior, a utilização do direito processual de matriz individualista, surgido na Alemanha com a obra de Büllow, não é capaz de atender a determinados anseios sociais, de cunho transindividual (qualidade inerente a direitos difusos e coletivos), dando origem à necessidade de aperfeiçoamento dos instrumentos processuais.

Por meio do processo coletivo, problemas como uma possível afronta à igualdade material, a desorganização do planejamento orçamentário pelo Poder Público e a morosidade excessiva da Justiça seriam mitigados, possibilitando uma prestação jurisdicional mais eficiente.

Muito embora os instrumentos processuais atuais não estejam aptos a satisfazer os mencionados anseios sociais, não se faz viável a espera por reformas processuais para só então efetivar direitos dessa natureza¹⁵⁰. É que o princípio da proibição de resistência instrumental, conforme a lição de Canela Junior¹⁵¹, impede que a ausência de subsídios processuais obstaculize a efetivação de direitos fundamentais, autorizando o magistrado a adaptar as normas processuais infraconstitucionais para que se amplie a cognição da matéria.

Na seara dos direitos fundamentais sociais, a ação civil pública é apontada pelo autor como sendo a mais adequada para a sua consecução, mesmo que carente de adaptações. Para tal, imprescindível o tratamento dos direitos

¹⁵⁰ MANCUSO, R. C. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. op.cit. p. 268-269.

¹⁵¹ CANELA JÚNIOR, O. op.cit. p. 136.

fundamentais sociais como difusos, além de se enfrentar modificações na concepção da coisa julgada e repensar a fase do cumprimento de sentença.

Além de Osvaldo Canela Junior, outros autores defendem o uso da ação civil pública na defesa dos direitos fundamentais sociais, a exemplo de Hugo Nigro Mazzili¹⁵²:

A ação civil pública ainda se presta para que o Ministério Público possa questionar políticas públicas, quando do exercício de suas funções do zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição. Com certeza não poderá o Ministério Público pedir ao Poder Judiciário administre no lugar do administrador; contudo, poderá cobrar em juízo a aplicação de princípios da Administração que possam estar sendo descurados, e, com isso restaurar a legalidade.

Embora a Constituição tenha mencionado a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos como propósito da ação civil pública, a melhor interpretação é a de que o instituto é adequado à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo, sendo aqueles relativos ao patrimônio público e social e ao meio ambiente uma mera exemplificação¹⁵³.

A origem da Lei da Ação Civil Pública, conforme leciona Mazzili¹⁵⁴, consiste em um anteprojeto elaborado por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Valdemar Mariz de Oliveira Júnior, todos professores da Faculdade de Direitos da Universidade de São Paulo. O projeto foi apresentado no I Congresso de Direito Processual, ocorrido no ano de 1983 em Porto Alegre, onde recebeu contribuições de José Carlos Barbosa Moreira. O Projeto foi apresentado à Câmara dos Deputados por Flávio Bierrenbach, um parlamentar paulista. Simultaneamente, os promotores de justiça Antônio Augusto Mello de Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior retomaram o projeto original, incluindo novas sugestões. Este último projeto foi sancionado pelo então Presidente da República José Sarney, transformando-se da Lei 7.347/85 – a Lei da Ação Civil Pública (LACP).

¹⁵² MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135.

¹⁵³ CARVALHO FILHO, J. S. op.cit. p. 1053-1054.

¹⁵⁴ MAZZILI, H. N. op.cit. p. 125-126.

Mais tarde, a Lei n° 7.347/85 foi modificada pelo Código de Defesa do Consumidor, que acrescentou uma série de dispositivos, tornando possível o seu uso na defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo (essa questão havia sido objeto de veto quando do sancionamento da Lei). Dessa forma, pode-se dizer que os dois diplomas – Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor – se complementam na defesa dos direitos difusos e coletivos, sendo um subsidiário ao outro¹⁵⁵.

Mazzili¹⁵⁶ critica o termo *ação civil pública*, por ter o significado literal de uma *ação não penal ajuizada pelo Ministério Público*. Ocorre que a ação civil pública pode ser ajuizada por diversos colegitimados ativos, inclusive associações privadas, sendo seu objeto melhor designado pelo termo *ações coletivas* (que contempla direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), como é tratada pelo Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com Carlos Alberto de Salles¹⁵⁷, o processo coletivo, no ordenamento brasileiro, está relacionado à classificação dos direitos em difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Os direitos sociais, segundo o autor, podem estar inseridos em qualquer uma dessas categorias, dependendo do caso concreto. Ocorre que, muito embora seja possível o acesso individual à justiça no tocante aos direitos sociais, o processo coletivo se torna mais interessante por dar uma destinação mais isonômica ao orçamento, facilitando a ponderação de valores, conforme alerta Leonel¹⁵⁸. Por isso, ao presente trabalho interessa o estudo dos direitos sociais em sua perspectiva difusa.

O Código de Defesa do Consumidor¹⁵⁹ define os direitos difusos como sendo aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Conforme a explanação de Mancuso¹⁶⁰, os direitos difusos diferem dos coletivos por contemplarem um universo maior, podendo abranger toda a

¹⁵⁵ LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Ações coletivas e direitos difusos**. Campinas: Apta Edições, 2004, p. 25-27.

¹⁵⁶ MAZZILI, H. N. op.cit. p. 126.

¹⁵⁷ SALLES, C. A. op.cit. p.787-818.

¹⁵⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. op.cit. p. 7-22.

¹⁵⁹ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Organizadora Anne Joyce Angher. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012

¹⁶⁰ MANCUSO, R. C. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. op.cit. p.87, 92.

humanidade, sendo seus sujeitos indeterminados. Dessa indeterminação de sujeitos, no parecer de Lenza¹⁶¹, decorreria a necessidade de se reconhecer a existência de *direitos subjetivos difusos*, superando-se a concepção individualista liberal. Com o fim de ilustrar essa indeterminação de sujeitos, Mazzili¹⁶² questiona como poder-se-ia individualizar as pessoas lesadas por derramamento de óleo na Baía de Guanabara. O presente trabalho acrescenta ao questionamento do autor a seguinte provocação: como individualizar as pessoas atingidas pela má prestação de serviços públicos de saúde (insuficiência de profissionais atuantes, de hospitais, de equipamentos, enfim, de estrutura)? Não se faz possível, tendo em vista a impossibilidade de se poder individualizar quem precisa ou pode vir a precisar de tais serviços.

A seguir, tem-se a questão da indivisibilidade do objeto dos direitos difusos em quotas direcionadas a determinados grupos ou pessoas¹⁶³. Tal indivisibilidade decorre do fato de que não se pode dividir o que pertence a sujeitos indeterminados¹⁶⁴.

A reforçar a mencionada intersecção entre direitos sociais e direitos difusos, tem-se a explanação de Caio Tácito¹⁶⁵, para quem os direitos humanos, nos últimos tempos, passaram a abranger interesses de grupos compostos por pessoas indeterminadas, porém vinculadas a um interesse comum, sem titular certo, mas de repercussão intimamente ligada ao bem-estar ou até à sobrevivência de integrantes das mais diversas classes sociais. Pela descrição, subentende-se o caráter difuso dos direitos sociais, em razão de sua abrangência, que contempla toda a humanidade, sem serem determinados seus sujeitos, dizendo, ainda, respeito ao bem-estar comum e até à sobrevivência dos seus titulares (a exemplo do direito à saúde).

Mazzili¹⁶⁶ vai mais afundo, fazendo uma reflexão que relaciona a defesa do patrimônio social à efetividade dos objetivos do Estado traçados pelo texto constitucional:

¹⁶¹ LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. op.cit. p. 70.

¹⁶² MAZZILI, Hugo Nigro. op.cit.p. 54.

¹⁶³ MANCUSO, R. C. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. op.cit. p.98.

¹⁶⁴ LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. op.cit. p. 73.

¹⁶⁵ MANCUSO, R. C. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. op.cit.p. 91.

¹⁶⁶ MAZZILI, Hugo Nigro. op. cit.p. 230.

No caso da atribuição do Ministério Público de defender o patrimônio público e *social*, a nosso ver, com esta última expressão, quis a Constituição significar mais do que apenas a defesa de grupos hipossuficientes (pessoas pobres, necessitados, trabalhadores, favelados, posseiros, vítimas de crimes, presos, indígenas, pessoas marginalizadas etc.), “mas também os pilares da ordem social projetada pela Constituição e na sua correspondência com a persecução dos objetivos fundamentais da República nela consagrados”, e até mesmo o próprio patrimônio da sociedade como um todo (interesses gerais da coletividade, sejam materiais ou imateriais, como os interesses estritamente culturais).

Vencida essa etapa de demonstração do caráter difuso dos direitos fundamentais sociais, mediante a delimitação de seu objeto e de seus titulares, cumpre esclarecer quem são os legitimados ativos para o ajuizamento da ação civil pública.

Os legitimados ao ajuizamento da ação civil pública encontram-se previstos nos dispositivos: art. 129, III e §1º, da CF; art. 5º, *caput* e §4º da LACP; e os arts. 82, *caput* e §1º e 91 do CDC. O art. 129, III, da CF. Da reunião dos dispositivos, infere-se que são legitimados: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública federal, fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente, houver sido constituída há pelo menos um ano e tenha dentre seus fins institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; e ainda, as entidades e órgãos da administração pública (direta ou indireta), mesmo que sem personalidade jurídica, com destinação específica à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Andrade¹⁶⁷ ressalta que o Ministério Público está legitimado a defender qualquer interesse difuso em juízo, devido à relevância social inerente a tais direitos, havendo apenas uma polêmica em relação à defesa do erário. Destacam-se, dentre os dispositivos legitimadores do MP na defesa dos direitos sociais (difusos): o art. 127, *caput*, da CF, que lhe atribui a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis; o Código de Defesa do Consumidor, em seu Título III; e o art. 3º, da Lei Complementar nº75/93, que define a ação civil pública como meio idôneo à proteção dos direitos individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos, em especial os constitucionais (art. 6º, VII, “d”).

¹⁶⁷ ANDRADE, A. et al. op.cit. p. 66, 79-80.

Acerca da legitimação ativa da Defensoria Pública, Andrade menciona o debate em torno da sua abrangência, se igual ou menor do que aquela conferida ao Ministério Público. Tal questionamento surge da interpretação conjunta entre o art. 134, da CF, que prevê que o Estado deve prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem a carência de recursos financeiros, e os dispositivos que conferem legitimidade à Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública: a Defensoria tem irrestrita legitimidade para propô-la, ou apenas na hipótese de serem todos os titulares dos direitos transindividuais necessitados? O autor, em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, defende a legitimidade da Defensoria Pública na defesa dos interesses difusos, mesmo que os beneficiados não se limitem aos necessitados, com base no critério da razoabilidade, entendimento do qual comunga o presente trabalho.

Lenza¹⁶⁸ alerta para o fato de que, mesmo não havendo exclusividade nem atribuição privativa da legitimidade para a propositura da ação civil pública (desde que preenchidos os requisitos legais), com a possibilidade, inclusive, de litisconsórcio, o Ministério Público acaba sendo, na prática, o mais ativo legitimado, agindo este mediante o recebimento de denúncias. Segundo o autor, tal prática descumpra a vontade do legislador referente à construção de uma *sociedade livre, justa e solidária*, com a implementação de uma democracia participativa. Lenza especula uma série de motivos para a concentração da deflagração de ações civis públicas nas mãos do Ministério Público: a) o papel histórico do órgão, suprimindo, de certa forma, a atuação de associações; b) por razões político-históricas, de atribuição da Lei aos mais fortes; c) por questões sociológicas (a não inclinação dos brasileiros à associação); d) por falta de recursos financeiros das associações, para a contratação de advogados; e) por motivos institucionais, consistentes na dificuldade de articulação entre atividades de organização e aparato técnico-jurídico na defesa dos interesses; f) pela indução do legislador, que priorizou o Ministério Público como principal vetor da ação civil pública.

Mancuso¹⁶⁹ atribui essa concentração da ação civil pública nas mãos do Ministério Público ao medo do Estado em ceder aos grupos intermediários a militância dos interesses difusos, reservando para si a escolha dos interesses mais

¹⁶⁸ LENZA, P. **Teoria geral da ação civil pública**. op.cit. p. 168, 183-184.

¹⁶⁹ MANCUSO, R. C. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. op.cit. p. 129, 132-133..

convenientes, sob o argumento da “escolha política”. Ainda de acordo com o autor, a tendência atual é a de superação da democracia representativa, visando ao alcance de uma “democracia participativa”, em que a eleição de representantes não exclui o engajamento dos cidadãos nas escolhas referentes à gestão da coisa pública. Mancuso admite a possibilidade de que ocorram abusos na participação popular, porém entende que os meios para coibir esses excessos devem ser oferecidos pelo Direito, mas nunca suprimir a participação popular com a escusa de manter a “boa ordem da Administração”.

Ao presente trabalho, interessa que a ação civil pública seja ajuizada sempre que houver afronta a direitos fundamentais sociais, seja pelo Ministério Público, seja por qualquer dos outros legitimados, com a utilização de instrumentos de participação popular, a exemplo das audiências públicas.

Outro aspecto controverso do processo coletivo é aquele referente à coisa julgada. A esse respeito, Lenza¹⁷⁰ menciona como principais fontes de divergência as questões da *efetividade* do provimento jurisdicional, bem como a *estabilidade* e a *segurança jurídica*. A maior sensibilidade desses pontos no tocante aos direitos difusos se deve à grande *litigiosidade interna* que lhes é inerente, porquanto as “escolhas políticas” realizadas quando do provimento de direitos difusos sacrifica, muitas das vezes, outros direitos de igual natureza e, por conseguinte, grande repercussão.

Dito isso, cumpre esclarecer que a coisa julgada consiste apenas na “*imutabilidade dos efeitos da sentença*”, adquirida com o trânsito em julgado”, conforme explica Mazzilli¹⁷¹. O autor segue explanando que a noção de coisa julgada do processo clássico – imutabilidade restrita às partes do processo – não deve ser aplicada ao processo coletivo, sob pena de contrariar o seu propósito.

Mazzilli preleciona que foi observando as peculiaridades inerentes ao processo coletivo que o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública mitigou os efeitos da coisa julgada nas ações civis públicas e coletivas, associando-a ao resultado do processo (*secundum eventum litis*). Assim, haveria coisa julgada nas hipóteses de procedência e de improcedência do pedido, desde que esta não fosse motivada por

¹⁷⁰ LENZA, P. **Teoria geral da ação civil pública**. op.cit. p. 89, 209-210,213.

¹⁷¹ MAZZILLI, H. N.op.cit. p. 601-604, 617.

ausência de provas. Ocorre que tal dispositivo foi modificado, pela conversão em lei da Medida Provisória nº 1.570/97 (2º da Lei 9.494/97), que limitou o efeito *erga omnes* da coisa julgada aos limites territoriais da competência do juiz prolator. Mazzilli entende que a alteração foi infeliz e inócua. É que, conforme explica o autor, além de confundir competência com coisa julgada, ignorou que a LACP e o CDC compõem um só sistema, continuando este a estender a competência territorial do juiz prolator a todo o Estado ou o País (art. 93, II) e disciplinando adequadamente a coisa julgada na tutela coletiva (art. 103), não só nas questões consumeristas, mas na defesa de qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Dessa forma, e como explica Lenza¹⁷², a proteção dos interesses difusos é, em regra, dotada da característica da imutabilidade, a menos que o pedido seja julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que fica autorizado o ajuizamento de nova demanda, com idêntico fundamento.

Essa imutabilidade deve ser relativizada, no entender de Canela Junior¹⁷³. É que, muitas vezes, a parte que ajuíza a ação civil pública pode não propor a melhor solução para o problema, o que poderia ser contornado em observância à característica da plasticidade do julgado no processo coletivo. Assim, se houver forma melhor de satisfazer o bem da vida do que aquela prevista no dispositivo da sentença, tanto melhor.

O outro lado da imutabilidade dos julgados da ação civil pública, conforme Grinover¹⁷⁴, citada por Lenza, é o de evitar a coisa julgada prejudicial pela deficiência na atividade instrutória. De acordo com a autora, há apenas prejuízo teórico do réu em apresentar a mesma defesa duas vezes, tendo em vista que entra no processo sabendo que, se ganhar, ganha apenas em relação ao autor coletivo, e se perder, perde em relação a todos.

Para Lenza¹⁷⁵, a desigualdade de armas existe, isso sim, para a coletividade, que se faz presente na relação processual por meio de um representante ideológico, enquanto que ao réu é oportunizada a defesa direta.

¹⁷² LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. op.cit.p. 227.

¹⁷³ CANELA JÚNIOR, O. op.cit. p. 159.

¹⁷⁴ LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. op.cit. p. 228,256.

¹⁷⁵ Ibid. p. 257.

Em relação à materialização do julgado referente ao processo coletivo, é válido repisar o endosso ao posicionamento de Canela Júnior¹⁷⁶, que defende a adoção de duas fases: uma consistente no reconhecimento do direito e outra no cumprimento de sentença. Nessa mesma linha, porém com uma diferente leitura, Leonel¹⁷⁷ propõe que sejam previstos prazos para o cumprimento da decisão final, sugerindo a formulação de pedidos intermediários, os quais, em caso de ser julgada procedente a ação, seriam providos em etapas, até o provimento final.

Com efeito, percebe-se a viabilidade do uso do processo coletivo nas demandas relacionadas a direitos fundamentais sociais. Os anseios sociais da atualidade não comportam o uso de conceitos do processo individual, pelo menos não sem adaptações. Há que se rever o tratamento conferido aos direitos sociais, priorizando a via coletiva, de modo a evitar decisões conflitantes e grandes impactos no orçamento. Mecanismos de participação popular devem ser inseridos, diante do esgotamento do modelo de democracia representativa. Repensando a coisa julgada e o cumprimento de sentença, a ação civil pública tem plenas condições de possibilitar um provimento jurisdicional mais adequado às necessidades contemporâneas.

3.3 Debate acerca da jurisprudência

A jurisprudência brasileira tem avançado no que diz respeito à tutela coletiva dos direitos fundamentais sociais. Os juízos e tribunais têm procurado conferir tratamento diferenciado às questões coletivas, implementando mecanismos de coerção, flexibilizando a legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública, além de promover, em alguns casos, a participação popular, de modo a materializar, paulatinamente, o que a doutrina mais moderna já defende há alguns anos.

O segundo capítulo deste trabalho demonstrou que o Poder Judiciário fica autorizado a promover o controle de políticas públicas sempre que o Poder Público –

¹⁷⁶ CANELA JÚNIOR, O. op.cit. p. 148.

¹⁷⁷ LEONEL, R. B. op.cit. p. 7-22.

seja por omissão, seja por implementação insuficiente – não satisfizer os objetivos do Estado, previstos no art. 3º, da Constituição Federal.

Tais argumentos já ultrapassam a teoria, alcançando a prática, como se deu no julgamento do Recurso Extraordinário 488.208/SC¹⁷⁸, que determinou a criação e o aparelhamento de Conselhos Tutelares no Município de Florianópolis, por considerar inconstitucional a omissão do Poder Público em relação aos direitos fundamentais sociais das crianças e adolescentes.

A iniciativa foi do Ministério Público de Santa Catarina, que ajuizou ação civil pública invocando, dentre outros argumentos, a doutrina na proteção integral e o art. 227, da Constituição da República. Para o Ministro relator, as normas constitucionais, mesmo as programáticas, vinculam os administradores, sob pena de incorrerem em omissão inconstitucional, hipótese em que se faz necessário o controle judicial:

Impende assinalar, *no entanto*, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, *ainda que excepcionalmente*, ao Judiciário, se e quando os entes e órgãos estatais competentes (como os Municípios, *p. ex.*), por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

O julgado previu, ainda, como forma de coação ao cumprimento do julgado, a cominação de “*astreintes*”, a fim de evitar uma nova inércia do Poder Público.

Não obstante os notórios avanços que permeiam a decisão do Recurso Extraordinário supracitado e toda a jurisprudência do STF, alguns conceitos como o “mínimo existencial” demonstram que a autoneutralização do Poder Judiciário¹⁷⁹ – discriminação de direitos fundamentais não previstas pelo texto constitucional, esvaziando o seu conteúdo – ainda é uma realidade a ser combatida.

Já no que diz respeito à participação popular para promoção de debate acerca de direitos fundamentais sociais, tem-se observado um aumento, ainda tímido, na realização de audiências públicas. Em Santa Catarina, o Ministério

¹⁷⁸ _____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.488.208/SC**. Recorrente: Ministério Público de Santa Catarina. Recorrido: Município de Florianópolis. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 01º de julho de 2013. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 15 de agosto de 2013.

¹⁷⁹ CANELA JÚNIOR, O. op.cit. p. 106-107,113.

Público Federal – MPF – promoveu audiência pública¹⁸⁰ para discussão sobre o fornecimento de análogos de insulina a diabéticos tipo 1, cuja doença seja instável ou de difícil controle. Da audiência, além do MPF, participaram parlamentares, médicos, membros da Defensoria Pública da União, representantes da Justiça Federal, da comunidade acadêmica, dentre outros. O objetivo era, além de promover a cidadania, demonstrar a necessidade de implantação de um Protocolo Clínico para a utilização dos medicamentos.

O Protocolo discutido na audiência tornaria o acesso aos medicamentos mais equânime, tendo em vista que, na região Sul, Santa Catarina é o único Estado que não adota o sistema, discriminando os seus portadores de diabetes em relação aos seus vizinhos gaúchos e paranaenses. Segundo o Procurador da República responsável, na hipótese de não ser implantado este Protocolo, uma ação civil pública seria ajuizada com a finalidade de implantação do Protocolo.

A iniciativa de realização de audiência pública é louvável e deve servir de exemplo, também, no que disser respeito aos direitos sociais em sua perspectiva difusa. Tal instrumento confere mais subsídios ao magistrado no momento da tomada de decisão, permitindo uma decisão mais consciente dos impactos a serem causados, sobretudo quando versar sobre interesses difusos, os quais são dotados de grande *litigiosidade interna*¹⁸¹.

Em relação à legitimidade ativa para ajuizar a ação civil pública, tem-se a polêmica mencionada no item 3.2, cujo grande questionamento é se a Defensoria Pública estaria legitimada à defesa dos direitos difusos, ou se estaria limitada a defender apenas os interesses dos necessitados. Conforme o exposto anteriormente, muito embora o importante seja a tutela dos direitos difusos e não o legitimado que ingressa com a ação, a relevância da defesa da Defensoria Pública como legitimada consiste no fato de que, quanto mais legitimados houver, mais resguardados estarão os direitos fundamentais sociais, sendo incompatível com o caráter difuso de tais direitos a restrição do polo ativo da ação civil pública.

¹⁸⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF discute em audiência pública o fornecimento de análogos de insulina para pacientes com diabetes tipo 1 instável ou de difícil controle. Disponível em: <http://www2.prsc.mpf.mp.br/conteudo/servicos/noticias-ascom/ultimas-noticias-antiores/2011/copy2_of_out/audiencia-publica-discute-fornecimento-de-analogos-de-insulina-para-pacientes-com-diabetes-tipo-1-florianopolis>. Acesso em: 16 ago. 2013.

¹⁸¹ LENZA, P. **Teoria geral da ação civil pública**. op.cit. p.213.

O Ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, já se manifestou favoravelmente à legitimação da Defensoria para o ajuizamento da ação civil pública na defesa de interesses difusos, no REsp 931.513/RS¹⁸², que tratou do fornecimento de próteses a deficientes físicos. O voto revelou a priorização do direito material tutelado em relação ao formalismo processual, em prol do sobreprincípio da dignidade humana, ponto a partir do qual deve ser interpretado todo o ordenamento jurídico brasileiro, mediante a leitura sistemática do texto constitucional:

Na Ação Civil Pública, em caso de dúvida sobre a legitimação para agir de sujeito intermediário – Ministério Público, Defensoria Pública e associações, p. ex.–, sobretudo se estiver em jogo a dignidade da pessoa humana, o juiz deve optar por reconhecê-la e, assim, abrir as portas para a solução judicial de litígios que, a ser diferente, jamais veriam seu dia na Corte.

O Supremo Tribunal Federal atribuiu repercussão geral à matéria¹⁸³.

Contudo, as demandas individuais continuam sendo grande maioria, sobrecarregando o Judiciário, causando impacto deletério ao orçamento público, além de afrontar o princípio da igualdade, por promover prestações diferenciadas em casos análogos, conforme foi demonstrado no primeiro item deste terceiro capítulo.

Nota-se, mediante a análise da jurisprudência dos tribunais superiores, que a tutela coletiva dos direitos fundamentais sociais ainda está muito restrita à defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos.

O REsp 703.471/RN¹⁸⁴, que tratou da epidemia de Dengue no Estado do Rio Grande do Norte, é um dos poucos casos em que o direito à saúde é considerado em sua perspectiva difusa:

Portanto, a presente causa propugna pela defesa de interesses difusos. Se considerada a definição de tais interesses constante do Código de Defesa do Consumidor, temos, em seu art. 81, inciso I, que a tutela pretendida é indisponível e indivisível, pois visa atingir um número indeterminado de

¹⁸² _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 913.513/RS**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. Brasília, DF, 25 de novembro de 2009. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 15 de agosto de 2013.

¹⁸³ _____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 690.838**. Recorrente: Município de Belo Horizonte. Recorrido: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 10 de outubro de 2012. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 15 de agosto de 2013.

¹⁸⁴ _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 703.471/RN**. Recorrente: Município de Currais Novos/RN. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 25 de outubro de 2005. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 17 de agosto de 2013.

peessoas, entre as quais há apenas uma ligação circunstanciada em razão de estarem na zona de risco epidêmico da dengue.

Muito embora o reconhecimento do caráter predominantemente difuso do direito à saúde no citado caso concreto, o voto do Ministro João Otávio de Noronha deixa claro que a coisa julgada no tocante ao processo coletivo, principalmente os que versam sobre direitos difusos, ainda encontra obstáculos:

Incabível a reparação de danos ocasionada abstratamente à coletividade, sem que seja possível mensurar as pessoas atingidas em razão de eventual negligência estatal, mormente em havendo fortes suspeitas de que a ação estatal, se ocorrida atempadamente, não teria contribuído para evitar o dano nas proporções em que se verificou.

É bem verdade que, no caso ora em análise, o teor de alguns dos pedidos formulados – a saber, a indenização das pessoas contaminadas – revelou-se incompatível com a natureza difusa do direito tutelado, prejudicando o provimento final. Isso demonstra que não apenas os tribunais devem estar atentos às soluções jurídicas mais adequadas ao processo coletivo, mas também os legitimados para o ingresso da ação civil pública, de modo a aumentar as chances de uma demanda bem sucedida.

Em casos como esse, entre em cena a proposta de plasticidade do provimento judicial resultante da ação civil pública, formulada por Osvaldo Canela Junior¹⁸⁵. Assim, reconhecido o direito e constatado que o pedido não consiste na melhor solução para a questão, nada impede que os responsáveis pelo cumprimento do julgado o façam de modo ainda mais efetivo do que o constante da decisão judicial.

Com efeito, a ação civil pública reúne os subsídios necessários à tutela dos direitos fundamentais sociais, devendo ser priorizada em relação às demandas individuais. Dentre as vantagens dessa opção, está o menor sobrecarregamento do Poder Judiciário, o menor impacto no orçamento público, a maior equanimidade das decisões, além da prestação jurisdicional mais adequada ao tipo de interesse tutelado.

A jurisprudência brasileira, pouco a pouco, vem incorporando as mudanças relativas à tutela coletiva. Tais mudanças devem ser observadas, também, pelos

¹⁸⁵ CANELA JÚNIOR, O. op.cit.p. 159.

legitimados ao ingresso da ação civil pública, de modo a aprimorar os pedidos formulados, possibilitando o melhor provimento jurisdicional possível.

CONCLUSÃO

A principal característica do Constitucionalismo é a busca pela limitação do poder estatal. As bases desse movimento surgiram antes mesmo das Constituições escritas, no período axial da Grécia Antiga, estendendo-se até a atualidade. Ao longo da história, esse anseio por limitações adquiriu as mais variadas formas, em um primeiro momento por meio da busca de uma moral coletiva (principalmente até o período medieval) e, posteriormente, sob uma perspectiva mais individualista (a partir do pensamento jusnaturalista).

Ao longo desse percurso histórico, houve uma paulatina concentração do poder, primeiro nas mãos de senhores feudais e monarcas, depois do Estado. Tal concentração originou descontentamento. Tal descontentamento passou a exercer reflexos importantes no plano jurídico a partir da Independência das Treze Colônias, com a Declaração de Direitos da Virgínia e, depois, com a Declaração Francesa. Mais tarde, esses direitos foram paulatinamente sendo positivados, alcançando o patamar de direitos fundamentais.

Karel Vasak classificou esses direitos fundamentais em gerações, ou seja, agrupando-os em categorias semelhantes de acordo com o momento histórico em que surgiram. Os direitos de primeira geração são aqueles afinados com o valor da *liberdade*, surgidos no seio do liberalismo-burguês, abrangendo direitos como a liberdade e a propriedade. Já os direitos de segunda geração teriam surgido com as revoltas do proletariado, durante o período de industrialização do século XIX, calcados no valor da *igualdade*, como os direitos à saúde, à educação e à previdência social. Os direitos de terceira geração surgiram com o final da Segunda Guerra Mundial, tendo por base a fraternidade, sendo a paz o exemplo clássico.

Atualmente, os direitos humanos, de moldes ocidentais, assumem a condição de dogma da humanidade, ultrapassando as barreiras nacionais. Sua afronta é, inclusive, pressuposto para ingerência na soberania de outros países.

No ordenamento brasileiro, os direitos fundamentais ganharam maior notoriedade e importância com a promulgação da Constituição Federal de 1988, mediante o seu posicionamento topográfico e o seu *status* de cláusulas pétreas.

Visando a dar aplicabilidade a tais direitos, a Constituição prevê diversos mecanismos processuais para a sua materialização, a exemplo da ação civil pública.

Dentre os direitos fundamentais, encontram-se os direitos sociais, consistentes naqueles direitos que objetivam assegurar a igualdade entre os cidadãos, sendo de titularidade de todos, em especial aqueles mais vulneráveis e dependentes de amparo estatal. Muito embora haja quem divida os direitos fundamentais entre aqueles de aplicabilidade imediata e outros consistentes em normas programáticas, a Constituição Federal não faz distinção entre os direitos sociais e outros direitos de cunho fundamental, motivo pelo qual todos devem receber o mesmo tratamento.

Assim, o Estado possui uma série de deveres com relação a esses direitos sociais, devendo respeitá-los (ou não afrontá-los), protegê-los (mediante a criação de normas de tutela) e promovê-los (possibilitando a sua fruição). Disso se infere que aqueles direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos devem ser imediatamente aplicados, mesmo que não encontrem amparo na legislação infraconstitucional. É que tais direitos possuem uma dimensão subjetiva, que possibilita que sejam pleiteados judicialmente, nos casos em que o Poder Público não os proteja espontaneamente, mediante políticas públicas.

Quando as políticas públicas não existem ou são insuficientes para viabilizar o gozo de determinados direitos de cunho social, fica autorizado o ingresso em juízo para pleitear a observância desses direitos, tendo em vista sua dimensão subjetiva e a igualdade de tratamento conferida aos direitos fundamentais pelo texto constitucional vigente.

Essa atuação do Poder Judiciário em hipótese de inércia do Legislativo e do Executivo não pode ser considerada como uma afronta ao princípio da separação de poderes, porquanto a função jurisdicional não é extravasada: manda-se cumprir o que está previsto na Constituição.

É bem sabido que o orçamento do Estado possui limitações, motivo pelo qual a cláusula da “reserva do possível” é muitas vezes utilizada pelo Poder Público para se esquivar de fazer cumprir os compromissos constitucionalmente assumidos pelo Estado. Ocorre que não é função do Poder Judiciário limitar direitos fundamentais em razão de limitações financeiras. A tarefa de manejar o orçamento

público cumpre ao Legislativo e ao Executivo. Assim, conceitos como “mínimo existencial” devem ser postos de lado em favor do estrito cumprimento da Lei Maior. Até mesmo em razão de serem teorias importadas de ordenamentos cuja realidade em muito difere da brasileira.

Há que se observar, isso sim, o princípio da proibição do retrocesso social, de modo a evitar o esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais sociais, prosseguindo com as conquistas sociais já alcançadas e fazendo cumprir os objetivos do Estado previstos no art. 3º da Constituição brasileira.

Como forma de mitigar o impacto financeiro ocasionado pelos provimentos judiciais relacionados aos direitos fundamentais sociais e a sobrecarga do Poder Judiciário, bem como visando à observância do princípio da igualdade, o presente estudo sugere o uso do processo coletivo, em especial a ação civil pública, na proteção desses direitos.

É que o processo de cunho individualista não está apto a viabilizar a materialização de determinados anseios sociais surgidos com sociedade de massa. Mesmo que a ação civil pública ainda demande certas adaptações para que constitua o veículo ideal para o pleito de direitos fundamentais sociais, não se faz necessário aguardar mudanças legislativas para só então utilizá-la para tal finalidade.

Para a efetiva utilização da ação civil pública como instrumento ao alcance dos direitos fundamentais sociais cumpre, primeiramente, expor o caráter predominantemente difuso desses direitos. É que demandas que envolvam direitos como saúde e educação afetam uma infinidade de sujeitos não determinados nem determináveis, além de o objeto não ser passível de divisão. A necessidade de construção de um hospital, por exemplo, afeta todos aqueles que precisam ou venham a precisar desse serviço, não constituindo a saúde dessas pessoas um objeto divisível. Isso sem contar a repercussão que a construção ou a não construção desse hospital causa aos administrados, o que evidencia a *litigiosidade interna* da questão, inerente a todos os direitos de caráter difuso.

Acerca da legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública na tutela dos direitos fundamentais sociais, a interpretação mais correta é aquela que a estende a todos os legitimados, ampliando a margem de tutela. Interpretação

contrária a essa iria de encontro ao tratamento que deve ser dispensado aos direitos de natureza difusa.

No tocante à coisa julgada no processo coletivo, cumpre esclarecer que esta não se dá naquela forma clássica (imutabilidade da sentença restrita às partes), por contrariar a sua tônica. Essa imutabilidade, portanto, só ocorre em casos de procedência ou improcedência, desde que não haja extinção por insuficiência de provas. Dessa forma, é evitada a coisa julgada prejudicial, ocasionada por deficiência na instrução probatória.

Acerca da suposta insegurança do réu no processo coletivo, que precisa se defender várias vezes em lides semelhantes, tem-se que muito maior do que o prejuízo das defesas repetidas é o da coletividade, que não se defende diretamente em juízo, mas o faz pela via da representação.

Outra diferença da coisa do processo coletivo para o processo individual é que naquele a imutabilidade da sentença deve ser mitigada também sob a ótica da plasticidade do julgado. É que, na hipótese de haver meio mais eficiente de se cumprir um julgado do que aquele constante do dispositivo da sentença, é conveniente que se cumpra desta forma.

Outra maneira de se alcançar a efetividade do processo coletivo é mediante a cominação de prazo para cumprimento, com a possibilidade de elaboração de pedidos consistentes em fases de cumprimento. Assim, o julgado pode ser cumprido em etapas. De qualquer forma, há que se dividir essa fase em pelo menos duas: o reconhecimento do direito e o cumprimento da sentença.

A ação civil pública constitui o instrumento o mais adequado à tutela dos direitos fundamentais sociais disponível atualmente, devendo ser priorizada em relação às demandas individuais. Dentre as suas vantagens encontram-se a diminuição da sobrecarga do Poder Judiciário, a maior previsibilidade dos impactos orçamentários, a maior equanimidade das decisões, a maior celeridade processual, além da prestação jurisdicional mais adequada ao tipo de interesse tutelado. Para potencializar seus efeitos, é recomendável a sua associação ao uso de instrumentos de participação popular, como as audiências públicas.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **A ação civil pública no Estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p. Título Original: *L'Età dei diritti*.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Organizadora Anne Joyce Angher. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347compilada.htm>. Acesso em 05 ago. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 703.471/RN**. Recorrente: Município de Currais Novos/RN. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 25 de outubro de 2005. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 17 de agosto de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 913.513/RS**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. Brasília, DF, 25 de novembro de 2009. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 15 de agosto de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n. 603575/SC**. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 20 de abril de 2010. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 14 de julho de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n. 639337/SP**. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 15 de setembro de 2011. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 27 de outubro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE**. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal:

Ministro Gilmar Mendes, DF, 17 de março de 2010. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 29 de julho de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF**. Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 23 de outubro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.488.208/SC**. Recorrente: Ministério Público de Santa Catarina. Recorrido: Município de Florianópolis. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 01º de julho de 2013. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 15 ago. 2013.

¹ _____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 690.838**. Recorrente: Município de Belo Horizonte. Recorrido: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 10 de outubro de 2012. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 15 de agosto de 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas**. Barueri: Manole, 2007.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de brasileira de estudos constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, n.8, 2008.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LENHARD, Vanessa Aparecida. Judicialização da política no debate constitucional contemporâneo. In: CUSTÓDIO, André Viana; CAMARGO, Mônica Ovinski de

(Org.). **Estudos contemporâneos de direitos fundamentais: visões interdisciplinares**. v. 1. Curitiba: Multidéia, 2008. p. 75-100.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. Supremo Tribunal Federal, políticas públicas e processo coletivo. **Cadernos de direito**, Piracicaba, n. 22, p. 7-22, 2012.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Ações coletivas e direitos difusos**. Campinas: Apta Edições, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: Milaré, Édis (Org.). **Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 707 – 751.

_____, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARINELA, Fernanda. Análise sobre o controle judicial de questões subjetivas de concursos públicos. Disponível em: <<http://marinela.ma/artigos>>. Acesso em: 12 jul. 2013

_____, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito função e tipos**. São Paulo: RT, 2003.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: RT, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF discute em audiência pública o fornecimento de análogos de insulina para pacientes com diabetes tipo 1 instável ou de difícil controle. Disponível em: <http://www2.prsc.mpf.mp.br/conteudo/servicos/noticias-ascom/ultimas-noticias-antiores/2011/copy2_of_out/audiencia-publica-discute-fornecimento-de-analogos-de-insulina-para-pacientes-com-diabetes-tipo-1-florianopolis>. Acesso em: 16 ago. 2013.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 28-93.

SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P.787-818.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais, **RDA**, Rio de Janeiro 177, jul/set, 1989.

_____, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. 3. ed. 5.v. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TV JUSTIÇA. Ativismo judicial – aula 5. Disponível em:

<[http://www.tvjustica.jus.br/index/ver-detalle-](http://www.tvjustica.jus.br/index/ver-detalle-programa/idPrograma/212891/youtubeid/LmQ6BbeU8hl)

[programa/idPrograma/212891/youtubeid/LmQ6BbeU8hl](http://www.tvjustica.jus.br/index/ver-detalle-programa/idPrograma/212891/youtubeid/LmQ6BbeU8hl)>. Acesso em: 24. jul. 2013.