CARLOS EDUARDO NOBRE CORREIA

**EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS
PROGRAMÁTICAS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**PROFESSOR ORIENTADOR
ALEXANDRE DE MORAES**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO**

2012

CARLOS EDUARDO NOBRE CORREIA

**EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS
PROGRAMÁTICAS**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Associado Alexandre de Moraes.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2012

A Juliana, por todo o incentivo e ternura constantes.

*Agradeço a oportunidade da orientação prestada
pelo Professor Alexandre de Moraes.*

RESUMO

A razão da norma constitucional programática se relaciona com a enunciação de fins a serem perseguidos pelo Estado. O traço característico das normas programáticas é a fixação de metas sem indicação do meio a ser utilizado na sua concretização. As Constituições sociais possuem a importante missão de impor a realização de políticas públicas mediante prestações positivas por meio de um planejamento adequado. O estudo assume posição de destaque no cenário jurídico no momento em que o Judiciário passa a aplicar diretamente a norma constitucional ao caso concreto, sem intermediação do Legislativo ou Executivo, como forma de efetivação dos direitos sociais, ampliando o campo de aplicação da norma. A aplicabilidade dos direitos sociais está condicionada à atuação do legislador e da administração, todavia basta a omissão dos órgãos responsáveis para se criar uma neutralização do comando constitucional dirigente, ocorrendo verdadeira inversão do conteúdo do princípio da reserva legal que passa a ser opositora aos direitos sociais, servindo de escudo para a concretização de direitos relativos a trabalho, previdência, educação, saúde e assistência social. O pressuposto de qualquer análise jurídica consiste na eliminação de toda forma de abuso, não sendo possível conceber uma interpretação que permita a existência de omissões que agasalhem o arbítrio. O Judiciário possui o poder-dever de fazer valer os comandos constitucionais vigentes, especialmente os que se referem aos direitos e garantias fundamentais, mas a questão orçamentária se coloca como principal obstáculo a sua efetivação, posto que o processo judicial individual não consegue revelar os custos totais da implementação da política pública, não tomando em consideração fatores que comprometem as finanças pública. Da mesma forma, a inexistência de regulamentação legal acaba por gerar insegurança jurídica, pois não há uniformidade de tratamento quanto às pretensões levadas a juízo, gerando o risco de decisões voluntaristas que acabam por comprometer a administração pública, diante da afetação dos recursos financeiros estatais ante a falta de critérios que disciplinem a ação estatal, os destinatários, a metodologia segura para coibir abusos e os recursos para se combater o arbítrio. Este trabalho tem o objetivo de oferecer auxílio para a interpretação das normas programáticas de acordo com a realidade brasileira, consoante a intervenção

do Judiciário em matéria de políticas públicas, de forma a contribuir para o estudo de maneira a diminuir a incerteza e insegurança sobre o tema.

Palavras-chave: normas programáticas – direitos sociais – efetividade – políticas públicas – abuso de direito.

ABSTRACT

The reason of programmatic constitutional rule is connected to the enunciation of State purposes. The distinguishing feature of programmatic rules is the settlement of targets with no indication of manner to be used in your accomplishment. Social Constitutions have an important task to impose public policies by positive installments through appropriate planning. The research takes a prominent position in juridical scene at the time the Judiciary applies a constitutional rule without the intermediation of the Legislative or Executive, as a mean of effecting social rights, broadening the scope of the standard. The applicability of social rights is subject to the action of the legislature and administration, but simply the failure of the agencies responsible for creating an neutralization of the constitutional command officer, occurring a true reversal of the content of the principle of legal reserve which becomes opposition to social rights serving as a shield for the realization of rights related to employment, welfare, education, health and social care. The assumption of any legal analysis is the elimination of all forms of abuse, it is not possible to device an interpretation that allows the existence of omissions that admit arbitrary acts. The Judiciary has the power and duty to enforce constitutional provisions, especially those relating to fundamental rights and guarantees, but the budget question arises as obstacle to its implementation, since the individual prosecution can not reveal the cost of implementation of public policy, not taking into account factors that affect public finances. Likewise, the lack of legal regulation generates legal uncertain, because there is no uniform of treatment to the claims taken to court, creating the risk of willful decisions that ultimately compromise the government, faced with the affection of state financial resources before the lack of criteria that discipline state action, the recipients, the methodology to restrain abuse and secure the resources to fight the arbitrary acts. This work aims to provide assistance to the interpretation of programmatic norms according to the Brazilian reality depending in the intervention of the Judiciary in matters of public policy in order to contribute to the study to reduce uncertainly and insecurity about the subject.

Keywords: programmatic norms – social rights – effectiveness – public policies – abuse of rights

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
 CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO DO ESTADO E DIREITOS SOCIAIS.....	 14
1.1 Estado Liberal	14
1.2 Estado Social.....	17
1.3 Estado Democrático de Direito.....	18
1.4 Direitos sociais e técnicas de positivação	20
1.4.1 Normas de organização atributiva de competências.....	25
1.4.2 Garantias institucionais.....	27
1.4.3 Direitos subjetivos públicos	28
1.5 Conclusão	31
 CAPÍTULO 2 - CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	 34
2.1 Classificação de Rui Barbosa	34
2.2 Classificação de Vézio Crisafulli.....	35
2.3 Classificação de José Horácio Meirelles Teixeira	36
2.4 Classificação de José Afonso da Silva.....	40
2.5 Classificação de Maria Helena Diniz.....	43
2.6 Classificação de Jorge Miranda	44
2.7 Classificação de Luis Roberto Barroso.....	46
2.8 Conclusão	48
 CAPÍTULO 3 – EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS.....	 53
3.1 Planos dogmáticos da norma jurídica: existência, validade e eficácia	53
3.1.1 Existência	55
3.1.2 Vigência e validade	57
3.1.3 Eficácia	59
3.2. Normas constitucionais programáticas	63
3.2.1 Constituição Dirigente	66
3.2.2 Princípio da responsabilidade social e crise de reflexibilidade	69
3.2.3 Crise de governabilidade e princípio da subsidiariedade	71

3.3 Conceitos jurídicos inteterminados, conceitos normativos, conceito discricionário cláusula geral	73
3.3.1 Normas programáticas e discricionariedade	76
3.3.2 Normas programáticas e conceitos jurídicos indeterminados	80
3.4 Conclusão	82
 CAPÍTULO 4 – TUTELA JURISDICIONAL	90
4.1 Intervenção judicial em políticas públicas	90
4.2 A evolução das liminares contra a Fazenda Pública	95
4.3 Reserva do possível	97
4.4 Mínimo existencial	105
4.5 Teoria do abuso do direito	107
4.6 Conclusão	110
 CONCLUSÕES	112
REFERÊNCIAS.....	114

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição da República de 1988 refletiu os valores e anseios da coletividade e também traçou diretrizes para conformar a realidade política e social. A Constituição se insere em um contexto social, estabelecendo possibilidades e expectativas ao cidadão para satisfação das necessidades da sociedade.

O poder político atribui uma forma ao Estado com base em uma idéia, um projeto, uma finalidade de organização.¹ O Estado não é um fim em si mesmo, posto que uma ordenação jurídica somente adquire sentido no momento em que apreciada em face de uma realidade, de forma que os fatores históricos e as condicionantes políticas, econômicas e sociais influenciam na concretização da Constituição.

A organização do poder político é tema fundamental para a ciência política. A estrutura e atuação dos órgãos do poder na realidade social configuram o exercício do poder político. Desta forma, as funções executiva, legislativa e judicial configuram manifestações que buscam a realização dos fins primordiais do Estado.

A norma constitucional estabelece finalidades e programas de ação estatal, mas nem sempre existe uma normatividade suficientemente precisa para sua aplicação, de forma que a eficácia da Constituição é questionada em razão da utilização de elementos vagos e genéricos, que necessitam da intervenção das funções estatais para sua realização.

Marcello Caetano estabeleceu a segurança, justiça e bem-estar social como fins do Estado. A segurança foi a primeira necessidade que impulsionou a criação de um poder político em verdadeira congregação de esforços contra o inimigo comum. A justiça é necessária para reger as relações dos indivíduos que entram em contato uns com os outros para a manutenção da coletividade. O bem-estar social é o resultado da promoção dos esforços e recursos coletivos para satisfação de necessidades de ordem espiritual ou

¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 314.

material em que a ação isolada dos indivíduos ou dos grupos sociais seria insuficiente para alcançá-los.²

De igual maneira Dalmo de Abreu Dallari³ assevera que o Estado tem uma finalidade geral, posto que representa meio para que os indivíduos possam atingir seus fins particulares como forma de desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes do povo.

Desta forma, a finalidade de nossa Constituição reside na construção de um Estado Democrático de Direito, com base em princípios republicanos e federativos, de modo que deve existir uma modalidade de intervenção na vida social, econômica e cultural mediante planejamento de políticas públicas para assegurar a validade das disposições constitucionais.

A política pública desenvolvida pelos Poderes Executivo e Legislativo não pode atuar livre de fiscalização, uma vez que os abusos decorrentes da falta de controle acarretariam omissões injustificadas e até mesmo irregular distribuição de dinheiro público, além do afastamento das diretrizes traçadas pelo constituinte.

Os direitos sociais exigem uma atuação positiva do Estado que não pode ignorar a eficiência na aplicação dos recursos públicos, pois deve atender o maior número de pessoas, sem olvidar o princípio da igualdade, posto que não se pode aceitar que indivíduos em igual condição social gozem de serviços públicos que não possam ser estendidos a todos em análoga condição.

A Constituição não pode ser considerada uma obra pronta e definitiva, ao contrário, necessita de interpretação de forma a se adaptar ao contexto histórico-social, de modo que a finalidade do Estado varia de acordo com o momento da evolução da história da humanidade, posto que a normatividade constitucional não é o único fator de conformação da realidade social.

² CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 2009. p. 144-149.

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 91-92.

A finalidade do Estado passou por evolução, posto que em um primeiro momento, buscava-se a limitação do poder, após surgiu a necessidade de intervenção na ordem econômica e social, e, posteriormente, discute-se a necessidade de participação popular na política pública como forma de controle dos atos de governo.

O tema assume importância na medida em que a finalidade estatal se incorpora expressamente ao ordenamento jurídico através de normas programáticas, sem a previsão de meios para se obter o resultado, exigindo-se uma atuação dos órgãos estatais no sentido de desenvolver um programa de governo para atendimento da diretriz constitucional. Contudo, questiona-se a possibilidade de intervenção popular por meio de ações judiciais individuais que discutem a omissão estatal que em um primeiro momento pode gerar efeitos positivos no combate à atuação imperfeita da administração, mas por outro lado, acarretam desequilíbrio quanto às finanças públicas, diante do gerenciamento de recursos limitados para situações não previstas no orçamento e, ainda as ações individuais não contemplam a possibilidade de extensão dos efeitos do julgado a todos os cidadãos que se encontrem na mesma situação social e jurídica.

CAPÍTULO 1

EVOLUÇÃO DO ESTADO E DIREITOS SOCIAIS

Os fins do Estado retratam o momento histórico da sociedade. A interação entre o Estado e a sociedade reflete a evolução da atuação estatal, que inicialmente tinha a preocupação com a limitação do poder e, em momento posterior, houve estabelecimento de direitos sociais, para finalmente possibilitar a participação popular nas decisões políticas.

1.1 ESTADO LIBERAL

De acordo com a doutrina liberal, o Estado oprimia o indivíduo, de forma que o grande inimigo da liberdade era justamente o poder decorrente da máquina estatal. Assim, a edição de leis tinha o objetivo de impedir ameaças às liberdades públicas, em um sistema de freios e contrapesos.

Decorrente das revoluções liberais do século XVIII, o Estado Liberal sofreu uma importante transformação derivada da limitação do poder estatal, baseada no princípio da separação de poderes e no princípio da legalidade. Neste cenário, observa-se que o Estado Absoluto foi substituído pelo Estado Legal. Na França prevaleceu a expressão “*État de droit*”; ao passo que na Inglaterra, a expressão “*rule of law*”; enquanto que na Alemanha, “*Rechtsstaat*”.

A liberdade está relacionada com a autonomia da conduta individual. Assim, a expressão famosa de Benjamin Constant de que a “liberdade dos modernos” exerce o contraponto com a “liberdade dos antigos”, sendo esta decorrente da participação nas decisões políticas.⁴ As constituições têm o objetivo de limitar o poder para proteger a liberdade e excluir qualquer forma de arbítrio.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.

Na França, constata-se que os direitos naturais decorriam da razão humana, motivo pelo qual assumiam caráter geral e universal, consubstanciados em “declarações”, ou seja, o direito já existia, uma vez que decorrente da própria condição humana. O resultado das idéias liberais culmina na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Karl Schmitt denomina tal período de Estado burguês de direito, em que prevalece os princípios da autonomia da vontade e da separação de poderes como valores determinantes para a consagração do modelo liberal que privilegia a liberdade pessoal, propriedade privada, liberdade de contratação, sendo o Estado mero servidor controlado pela sociedade.⁵

A grande preocupação do Estado Liberal é a limitação do poder de modo que a Constituição deve regular a relação do Estado com o indivíduo a fim de se evitar o arbítrio, ou seja, busca-se a garantia dos direitos dos cidadãos, estabelece-se a divisão do poder, observando-se o princípio da legalidade sob o aspecto formal.

Enquanto a França se notabilizou pelo racionalismo, valorizando a figura do homem frente ao Estado, na Inglaterra houve a prevalência dos costumes como forma de oposição ao poder absoluto como direitos político-históricos, geralmente sob a forma de “petitions” ou “bills”. O “rule of law” desenvolve-se em direito costumeiro (“common law”) fundamentado no empirismo.

⁵ Nesse sentido: “De la idea fundamental de la libertad burguesa se deducen dos consecuencias, que integran los dos principios del elemento típico del Estado de Derecho, presente en toda Constitución moderna. Primero, um principio de distribución: **la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado**, quedando la libertad del individuo ilimitada en principio, mientras que la facultad del Estado para invadirla es limitada en principio. Segundo, un principio de organización, que sirve para poner en práctica ese principio de distribución: **el poder del Estado (limitado en principio) se divide y se encierra en un sistema de competencias circunscritas**. El principio de distribución – libertad del individuo, ilimitada en principio; facultad del poder del Estado, limitada en principio – encuentra su expresión en una serie de derechos llamados fundamentales o de libertad; el principio de organización está contenido en la doctrina de la llamada división de poderes, es decir, distinción de diversas ramas para ejercer el Poder público, con lo que viene al caso la distinción entre Legislación, Gobierno (Administración) y Administración de Justicia – Legislativo, Ejecutivo y Judicial -. Esta división y distinción tiene por finalidad lograr frenos y controles recíprocos de esos «poderes». Derechos fundamentales y división de poderes designan, pues, el contenido esencial del elemento típico del Estado de Derecho, presente en la Constitución moderna” (SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madri: Alianza Universidad Textos, 2006. p. 138-139).

De acordo com os ensinamentos de Albert Dicey, o *rule of law* pode ser sintetizado pela ausência de poder arbitrário do Governo; igualdade de todos perante a lei e os princípios gerais da Constituição são o resultado das decisões judiciais que aplicam os direitos dos particulares e decorrem da atuação dos Tribunais, sendo portanto o produto da *law of land*.⁶

A expressão alemã *Rechtsstaat*, por sua vez, é contraposta ao Estado de Polícia, tendo como característica fundamental a garantia de direitos individuais, com a submissão do próprio Estado ao regime de direito.⁷

A grande preocupação do Estado Liberal é a limitação do poder de forma que a Constituição deve regular a relação do Estado com o indivíduo de modo a se evitar o arbítrio, ou seja, busca-se a garantia dos direitos dos cidadãos, estabelece-se a divisão do poder, observando-se o princípio da legalidade sob o aspecto formal.

⁶ Destacamos: “It means, in the first place, the absolute supremacy or predominance of regular law opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government. (...) It means, again, equality before the law, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary law courts (...) The “rule of law”, lastly, may be used as a formula for expressing the fact that with us the law of the constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individual, as defined and enforced by the courts; that, in short, the principles of private law have with us been by the action of the courts and Parliament so extended as to determine the position of the Crown and of its servants; thus the constitution is the result of the ordinary law of the land” (DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law constitution*. 10ª edição. Londres: Macmillan, 1965. p. 202-203).

⁷ Nesse sentido: “Esta palavra - *Rechtsstaat* -, isto é, Estado de direito aparece no início do século XIX como uma dimensão da discutida “via especial” do constitucionalismo alemão. Pretendia-se com isso significar que o constitucionalismo alemão se situava entre as propostas constitucionais do chamado “constitucionalismo da restauração” (paradigma: Carta Constitucional de Luís XVIII, de 1812) com o seu princípio estruturante – o princípio monárquico – e o “constitucionalismo de revolução” com o seu princípio, também estruturante da soberania nacional (ou popular). Inicialmente, o Estado de direito começou por ser caracterizado, em termos muito abstractos, como “Estado da Razão”, “Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa”. No final do século, estabilizaram-se os traços jurídicos essenciais deste Estado: o Estado de direito é um *Estado liberal de direito*. Contra a idéia de um, *Estado de polícia* que tudo regula e que assume como tarefa própria a prossecução da “felicidade dos súbditos”, o Estado de direito é um *Estado liberal* no seu verdadeiro sentido. Limita-se à defesa da ordem e segurança públicas (“Estado polícia”, “Estado gendarme”, “Estado guarda nocturno”), remetendo-se os domínios económicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. Neste contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos mas do respeito de uma esfera de liberdade individual. Compreende-se, por isso, que os dois direitos fundamentais – liberdade e propriedade (*Freiheit und Eigentum*) – só pudessem sofrer intervenções autoritárias por parte da administração quando tal fosse permitido por uma lei aprovada pela representação popular (doutrina da lei protetora dos direitos de liberdade e de propriedade e doutrina de reserva da lei.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. p. 96-97).

O Estado Liberal se configura como “Estado de limites”, ao qual apenas se atribui a finalidade de garantia da segurança e das liberdades individuais. O esvaziamento dos fins do Estado implicaria no desenvolvimento individual e na independência privada. O paradigma liberal é radicalmente contrário à isonomia grega que buscava a participação dos cidadãos no exercício do poder.⁸

1.2 ESTADO SOCIAL

O século XX foi marcado por guerras mundiais, crises econômicas, desenvolvimento industrial e tecnológico, em que a abstenção do Estado decorrente da política liberalista não se revelou suficientemente apta a superar o quadro histórico, acarretando profunda desigualdade social, em especial para o setor produtivo da classe de trabalhadores que era impotente diante do poder econômico burguês, de forma que se passou a exigir uma postura ativa, com intervenção na ordem econômica e social.

A origem do Estado Social⁹ se relaciona com as Constituições sociais do México de 1917 e de Weimar de 1919, bem como pela postura política adotada pelos Estados Unidos após a Primeira Guerra Mundial e a crise de 1929 (*New Deal*), abandonando-se o liberalismo para se adotar uma política intervencionista para gerar uma mudança no papel do governo diante das transformações ocorridas em escala mundial.

Jorge Miranda ressalta que nesta fase destacam-se as promessas de direitos econômicos, sociais e culturais além das liberdades e garantias individuais, o sufrágio universal, os partidos de massas, a tendência de substituição da monarquia pela república,

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 24-25.

⁹ Destacamos: “O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva a sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia. (...) A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram “Estados sociais”. Da mesma forma, Estado social foi a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente, e o Brasil, desde a Revolução de 1930” (BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 184).

o alargamento dos fins do Estado, a multiplicação de grupos sociais, o crescimento da função administrativa, com a prevalência do Poder Executivo sobre o Parlamento.¹⁰

O Estado Social preocupou-se com o bem-comum, ou seja, desenvolveu-se a noção de supremacia do interesse público sobre o privado, razão pela qual o direito administrativo passou a disciplinar e regulamentar a atuação da Administração Pública. Desta forma, houve sensível fortalecimento do Poder Executivo, posto que o Estado se transformou em prestador de serviços, deixando o Poder Legislativo de ser o único poder que emana atos normativos.¹¹

Como bem observa Paulo Bonavides, constata-se que enquanto o Estado Liberal tem como uma de suas balizas mestras a separação do poder, o Estado Social, de forma oposta, monopoliza competências, atribuições e prerrogativas, posto que a intervenção estatal na economia exige a prevalência de um poder central capaz de atuar de maneira célere.¹²

1.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Alexandre de Moraes indica que o Estado Democrático de Direito se expressa por normas democráticas, eleições livres, periódicas, bem como pelo respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais.¹³

Por sua vez, Norberto Bobbio ensina que a democracia pode ser definida como o sistema de regras que permitem a instauração e o desenvolvimento de uma convivência pacífica. Deste modo constata que pode existir direito sem democracia, mas não há democracia sem direito, pois a democracia exige normas definidoras dos modos de

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 77.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2007. p. 31.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 16.

¹³ MORAES, Alexandre. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. Garantia suprema da constituição. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. p. 43.

aquisição e exercício do poder. O governo democrático revela a maneira pela qual se possibilita a tomada de decisões para a manutenção da convivência dos membros de uma sociedade.

O que caracteriza os governos democráticos é um conjunto de regras de organização que permitem aos cidadãos tomarem decisões coletivas vinculadoras para todos através de mecanismo de formação de livre convencimento e de manifestação direta ou indireta desse convencimento. (...) É necessário insistir na consideração de que o fim principal dessas regras é tornar possível a solução de conflitos sociais mediante um contrato entre as partes e, quando o contrato não tem êxito, por meio do voto da maioria, excluindo o recurso da violência. Em poucas palavras, a democracia pode ser definida como o sistema de regras que permitem a instauração e o desenvolvimento de uma convivência pacífica.¹⁴

Além da ineficiência estatal no tocante aos direitos sociais, procurou-se uma forma de Estado que desencadeou a necessidade de se buscar uma nova compreensão do próprio Estado, em busca de uma maior participação popular na ordem política.¹⁵

Assim, apesar da constatação de que o Estado Social não conseguiu implementar as políticas públicas relativas aos direitos sociais, o Estado Democrático de Direito surgiu como alternativa para a justiça social, de modo que a participação do povo no processo político se revela como modo de legitimação de políticas públicas.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória: de Senecture e outros escritos autobiográficos*. Tradução de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p. 156.

¹⁵ Destacamos a posição de José Afonso da Silva: “Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda em elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 122).

1.4. DIREITOS SOCIAIS E TÉCNICAS DE POSITIVAÇÃO

Fábio Konder Comparato aponta que as declarações de direitos norte-americanas e a Declaração francesa de 1789 configuram a emancipação histórica do indivíduo perante a sociedade. Mas, deve-se reconhecer que o terreno foi preparado pela reforma protestante, que salientou a importância da consciência individual em relação aos aspectos morais e religiosos. A sociedade liberal ofereceu a segurança da legalidade com a igualdade formal de todos perante a lei. Todavia, a isonomia adotada se revelou inútil para a massa de trabalhadores que se submetiam a extensas jornadas de trabalho insalubres em empresas capitalistas. Em nome da igualdade, patrões e empregados eram considerados contratantes colocados em igualdade de condições. Todos tinham a possibilidade jurídica de prover livremente a própria subsistência e enfrentar as adversidades da vida, razão pela qual a consequência imediata desta postura foi a pauperização do proletariado no início do século XIX.¹⁶

A indignação dos trabalhadores ocasionou a organização da classe trabalhadora, culminando com o reconhecimento de algumas exigências econômico-sociais na Constituição francesa de 1848 e a consagração de direitos sociais na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919. Importante destacar que o titular de direitos econômico-sociais não é o ser humano, considerado de forma abstrata, com o qual o capitalismo conviveu de forma admirável, mas a união de pessoas marginalizadas rejeitadas pelo sistema capitalista, que atribui valor superior aos bens de capital ao valor das pessoas.

Desta feita, Norberto Bobbio constata que os direitos humanos são históricos, ou seja, nascem de certas circunstâncias caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes. A maior parte dos direitos sociais exibidos em todas as declarações permaneceu no papel, sendo que se aproximam de expressões ideais, que recebem o nome “direito” para atribuir título de nobreza, enfatizando a grande diferença entre o reconhecimento de um direito e a sua efetiva implementação na sociedade.¹⁷

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 50-52.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25-29.

Ensina da mesma maneira Vidal Serrano Nunes Júnior que a origem histórica dos direitos sociais está associada aos princípios do capitalismo industrial, uma vez que se notabilizou pela oposição em relações econômico-sociais libertas de controle estatal, em que o mercado atuava livremente na produção de insumos básicos sem qualquer intervenção estatal. Predominava a propriedade privada e a autonomia da vontade nas relações econômicas. A ampla liberdade preconizada pela revolução burguesa, cujo objetivo era a eliminação de privilégios feudais, gerou como contraponto a submissão dos economicamente vulneráveis em detrimento dos detentores do poder econômico.¹⁸

Destaca-se a explicação de Celso Lafer, que esclarece que após a Revolução Francesa, nota-se o ápice do direito declarado pelo Estado, pois o Direito positivo deixa de ser a enunciação do poder pessoal do rei para ser a expressão de universalidade da decisão de um povo organizado. O processo de exclusiva positividade do Direito pelo Estado (monismo jurídico) se justificou pela retórica da concepção unitária da ordem social, decorrendo de forma lógica e coerente os princípios da legalidade, declarações de direitos, controle do Executivo pelo Legislativo e legitimação do poder através da Constituição. Mas a crise das relações entre Estado e sociedade civil aumenta a partir da Revolução Industrial, ocasião em que se pode afirmar o início da crise de legitimidade da legalidade e o nascimento da noção de pluralismo como maneira de lidar com a crise entre Estado e sociedade civil, uma vez que as relações sociais não se esgotam no vínculo indivíduo-Estado, aflorando novos grupos entre o Estado e o indivíduo, exprimindo-se por meio de reivindicações de movimentos de trabalhadores e étnicos.¹⁹

As reivindicações de grupos organizados acarretaram a positividade de direitos de natureza distinta dos tradicionais direitos individuais, civis e políticos. Os direitos sociais nasceram justamente da necessidade de oposição ao capitalismo industrial que oprimia as relações trabalhistas. A solidariedade é a característica principal dos direitos sociais, que se aproxima da idéia de justiça distributiva, compreendida como compensação de bens e vantagens entre as classes sociais.²⁰

¹⁸ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na constituição de 1988*. Estratégias de positividade e exigibilidade judicial de direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 49.

¹⁹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 69-71.

²⁰ Nesse sentido: “Com base no princípio da solidariedade, passaram a ser reconhecidos como direitos humanos os chamados direitos sociais, que se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a

A relevância da definição do regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, diante do reconhecimento da condição de direitos fundamentais, relaciona-se com a questão da eficácia das normas constitucionais.

Em um primeiro momento deve-se afastar a noção de que os direitos sociais estão unicamente relacionados a uma prestação positiva do Estado, pois muito embora a maior parte dos direitos sociais exija a atuação positiva estatal, não podemos desconsiderar a existência de direitos sociais negativos, como o direito à greve. De igual maneira, o melhor parâmetro para a constatação de direitos sociais é o Título II da Constituição da República, sem ignorar a possibilidade de localização de outros direitos implícitos ou decorrentes de tratados internacionais.

A grande questão atinente aos direitos sociais é justamente o reconhecimento da característica de direito fundamental, posto que a dificuldade se revela na atribuição da mesma estrutura dos direitos individuais, políticos e civis, ou seja, a discussão se concentra no problema de se impor a mesma posição privilegiada dos direitos de primeira dimensão.

Importante salientar que Alexandre de Moraes apresenta conceito de direitos fundamentais que revela dupla perspectiva: respeito à dignidade por meio de proteção contra o arbítrio e estabelecimento de condições mínimas à pessoa humana.

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos fundamentais.²¹

garantir amparo e proteção aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente. Os direitos sociais englobam, de um lado, o direito ao trabalho e os diferentes direitos do trabalhador assalariado; de outro lado, o direito à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), o direito à educação; e, de modo geral, como se diz no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (art. 11), “o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim, como a uma melhoria contínua de suas condições de vida.” (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 62-63).

²¹ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. Teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2006. p. 21.

O tema assume importância na interpretação do artigo 5º, §1º, da Constituição da República, em que as normas definidoras de garantias e direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, de modo que a simples interpretação literal consagra a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, posto que incluídos no Título II da Constituição da República.

Destarte, a importante consequência de se atribuir aos direitos sociais a condição de direito fundamental se relaciona com a problemática da atribuição das características da inviolabilidade, universalidade e efetividade. Para tanto, devemos nos lembrar que:

inviolabilidade: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;

universalidade: a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;

efetividade: a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato.²²

Assim, grande parte dos direitos sociais necessita de atuação positiva do Estado, sendo que encontramos dificuldade em conferir a qualidade de invioláveis, universais e efetivos, razão pela qual notamos distintas características dos direitos civis e políticos.

Apesar de a aplicabilidade imediata estar assegurada na Constituição da República, não há parâmetros seguros para se determinar a real vinculação dos órgãos estatais frente às possíveis situações subjetivas que podem ser extraídas do texto constitucional em relação a determinado direito social. As normas programáticas não consagram direitos subjetivos, sendo que apresentam a finalidade precípua de impor

²² Ob. Cit. p. 23.

programas de ação e tarefas aos órgãos públicos, razão pela qual se constata uma normatividade diferente dos direitos individuais, políticos e civis.

Norberto Bobbio já indicou que a universalidade dos direitos civis na atribuição e no eventual gozo dos direitos de liberdade não vale para os direitos sociais, e nem mesmo para os direitos políticos, diante dos quais os indivíduos são iguais só genericamente, mas não especificamente. No que tange aos direitos políticos e aos direitos sociais existem diferenças de indivíduos para grupos de indivíduos. Somente de modo retórico é que se pode afirmar que todos são iguais com relação aos três direitos sociais fundamentais (ao trabalho, à instrução e à saúde), sendo que não se pode deixar de levar em consideração as diferenças específicas, que são relevantes para distinguir um indivíduo de outro, posto que em relação ao trabalho, são relevantes as diferenças de idade e de sexo; com relação à saúde, são relevantes as diferenças entre adultos e idosos; com relação à instrução, são relevantes as diferenças entre o nível fundamental e o superior.²³

José Joaquim Gomes Canotilho²⁴ acentua que a técnica de positivação de direitos a prestações constitui uma eleição racional de enunciados semânticos realizada pelo constituinte, sendo possível a constatação das seguintes modalidades: 1) positivação de direitos econômicos, culturais e sociais por meio de **normas programáticas** com o estabelecimento de finalidades e tarefas estatais; 2) positivação de direitos sociais por meio de **normas de organização atributivas de competência** como fonte de medidas relativas aos direitos econômicos, sociais e culturais; 3) estabelecimento de **garantias institucionais**, de forma que o legislador deve adotar medidas para proteger determinadas instituições como família, administração local e saúde pública; 4) fixação de **direitos subjetivos**, possibilitando a intervenção direta do cidadão.

Analisaremos as formas de positivação de direitos sociais, reservando a modalidade das normas programáticas para capítulo próprio.

²³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 85-86.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 36-38.

1.4.1 NORMAS DE ORGANIZAÇÃO ATRIBUTIVAS DE COMPETÊNCIAS

As normas de organização atributivas de competência imputam a determinados órgãos a emanção de medidas sociais, econômicas e culturais, de forma que impõem ao legislador e ao administrador o dever de adotar medidas para a prossecução de certos direitos sociais, abrindo uma via para a regulamentação legal de direitos econômicos, culturais e sociais.

O modo pelo qual é feita a repartição de competências condiciona a fisionomia do Estado Federal para determinar o grau de centralização e descentralização do poder. Desta forma, determinadas matérias passam a ter incidência em todo o território federal, enquanto que outras ficam distribuídas a ordenamentos parciais dos Estados-membros.

Conforme acentua Manoel Gonçalves Ferreira Filho, existem duas técnicas de repartição de competências entre os entes federativos: uma chamada de federalismo dualista, caracterizada pela repartição horizontal, em que existe uma separação radical das competências dos entes federativos, por meio de fixação de uma área própria com exclusão absoluta da participação de outro ente (competência privativa ou reservada) e outra, própria do federalismo cooperativo, marcada pela repartição vertical de competências, em que uma mesma matéria é atribuída concorrentemente a diversos entes federativos.²⁵

No mesmo sentido, Raul Machado Horta aponta a existência de dois modelos: o modelo clássico, originário da Constituição norte-americana de 1787 e o modelo moderno concebido a partir do constitucionalismo do pós-guerra 1914-1918. O modelo clássico de repartição de competências conferiu à União os poderes enumerados e reservou aos Estados os poderes não enumerados, sendo que o texto original na Constituição estadunidense não previu os poderes dos Estados, posto que presumia uma organização preexistente, tendo a Emenda X de 1789 formulado a concepção de poderes residuais e não enumerados, em que os poderes não delegados aos Estados, nem proibidos, seriam reservados aos Estados ou ao povo. Todavia, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Intervencionista do século XX, tornou-se necessária a atribuição de novas competências de política econômica, financeira e social à União, bem como houve a

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 152-153.

federalização das competências estaduais para possibilitar a unificação do direito material e processual, como forma de se adaptar às transformações decorrentes do período de guerra e depressões (crise de 1929), assim também em razão da imperativa complexidade da estrutura econômica do Estado.²⁶

De igual modo, destaca-se o entendimento de Dalmo de Abreu Dallari em que afirma que o novo federalismo implica na clara predominância do governo federal sobre os estaduais, possibilitando a tomada de decisões rápidas que envolvem a totalidade da vida do povo.²⁷

Em relação aos direitos sociais, destaca-se o modelo da competência concorrente, em que mais de um ente político pode legislar sobre a matéria, sendo que adotamos a modalidade não-cumulativa em que se destaca a repartição vertical com a reserva de determinada matéria de nível superior ao ente central que fixa princípios e normas gerais, deixando a complementação da matéria com os estados-membros.

A demarcação de um campo em que os entes políticos possam exercer competências conjuntamente de acordo com regras pré-estabelecidas é o fator que determina a importância da competência legislativa concorrente e da competência administrativa comum ou de execução²⁸, fixadas respectivamente nos artigos 23 e 24 da Constituição da República.

²⁶ HORTA, Raul Machado. *Organização constitucional do federalismo*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: ano 22, n. 87, jul./set. 1985. p. 5-11.

²⁷ Destacamos: “Depois da Primeira Guerra Mundial o mundo enfrentou um período de transformações e instabilidade econômica, chegando, então à grande crise de 1929, que afetou gravemente os Estados Unidos. Isso determinou a redefinição do papel estadunidense e levou, na década de 30, à criação de uma nova política, o *New Deal* de Franklin Roosevelt, que significava, entre outras coisas, o abandono do liberalismo tradicional e a implantação do intervencionismo do Estado. O novo papel assumido pelo Estado determinou, mais uma vez, o fortalecimento do Poder Executivo Federal.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O estado federal*. São Paulo: Ática, 1986. p. 44-47.)

²⁸ Destaca-se no âmbito do serviço de saneamento básico que apesar da edição da lei 11.445/07 não houve determinação para a fixação da competência do referido serviço público, razão pela qual houve o ajuizamento da ADI 1842 e da ADI 2077 que aguardam a decisão do STF quanto à titularidade do essencial serviço de saneamento básico.

Desta forma, o objetivo do constituinte foi determinar a cooperação dos Poderes Públicos na execução de tarefas e objetivos enunciados, de modo que os entes políticos são chamados à responsabilidade diante de obrigações que cabem a todos.²⁹

Assim, diante de direitos sociais assume importância a técnica de repartição de competências no modelo do federalismo cooperativo, que se adapta às exigências do Estado providencialista como a articulação de soluções, de modo que todos os Poderes atuam no cumprimento de metas de alcance social.

1.4.2 GARANTIAS INSTITUCIONAIS

As garantias institucionais representam a imposição para que o legislador respeite determinadas instituições, colocando-as em posição em que possam atender aos direitos sociais.

O Legislador Constituinte estabeleceu que a Administração atendessem aos princípios da moralidade, impessoalidade, legalidade, publicidade e eficiência³⁰, assegurou à seguridade social (saúde, previdência e assistência social) a participação de trabalhadores, empregadores, aposentados e o governo como forma de custear as despesas decorrentes deste setor³¹, de igual maneira, instituiu a educação como direito de todos e dever do Estado, família e sociedade³².

²⁹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2005. p. 130.

³⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

³¹ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: (...) VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

³² Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Assim, cada instituição (governo, família, sociedade, empregadores, empregados, aposentados) contribui para a legitimidade aos atos estatais com a participação de parcela da sociedade envolvida na política pública.

1.4.3 DIREITOS SUBJETIVOS PÚBLICOS

Os direitos subjetivos públicos, por sua vez, situam os direitos sociais como imposições constitucionais. Não resta dúvida de que a estrutura de direitos subjetivos se mostra insuficiente para a positivação de todos os direitos sociais. Mas é importante destacar que a construção clássica de direito subjetivo está ancorada na noção de liberdade do titular e no benefício que possa resultar a alguém em razão de uma obrigação.

O direito subjetivo, segundo a teoria da vontade de Windscheid, pode ser conceituado como o poder de ação assegurado pela ordem jurídica, de modo que a faculdade de ação depende de uma vontade para poder se efetivar. Ao passo que a teoria do interesse de Jhering define o direito subjetivo como um interesse juridicamente protegido, sendo constituído basicamente pela finalidade prática decorrente da vantagem ou utilidade, além da proteção jurídica advinda do exercício da ação.³³

De qualquer modo o direito subjetivo é a expressão de uma vontade com o objetivo de concretização de um interesse, de maneira que as teorias liberais voluntaristas reconhecem a existência de um direito originário da vontade ou de uma utilidade, sendo que não se compatibilizam como forma de instrumento para os direitos sociais prestacionais.

Os direitos sociais prestacionais, em regra, pressupõem disponibilidade econômica e estão sujeitos a restrições orçamentárias, de modo que o poder público implementará as prestações de acordo com o programa de governo, configurando-se,

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1. p. 21-22.

todavia, uma proibição de omissão do Estado e a necessidade da intermediação do legislador para precisar a vagueza e a indeterminação do constituinte³⁴.

A grande resistência em relação aos direitos sociais prestacionais decorre justamente da escassez de recursos financeiros e restrições orçamentárias para implementar políticas públicas que atendam satisfatoriamente e indistintamente toda a sociedade.

As exigências que se concretizam na demanda de uma intervenção pública e de uma prestação de serviços sociais por parte do Estado só podem ser satisfeitas num determinado nível econômico e tecnológico, sendo a normatividade jurídica insuficiente para a efetiva concretização de direitos prestacionais sociais.³⁵

Andreas Krell destaca que, na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn (1948) não incorporou nenhum sistema de direitos sociais (trabalho, educação, saúde, assistência), posto que a experiência da Carta de Weimar de 1919 contribuiu para a radicalização da política com a tomada do poder pelos nazistas, sendo caracterizada como uma promessa vazia do Estado burguês, razão pela qual a Lei Fundamental não acolheu qualquer norma que conferisse direitos subjetivos a prestações, tendo apenas sacramentado o Estado Social como ideário genérico.³⁶

³⁴ Nesse sentido, destacamos a lição de Canotilho: “1) no plano político-constitucional, as posições jurídicas prestacionais são posições claudicantes, pois a sua optimização pressupõe sempre uma reserva económica do possível, que os órgãos ou poderes públicos interpretarão ou densificarão segundo os modelos político-económicos dos seus programas de governo; 2) no plano jurídico-dogmático, assiste-se a uma inversão do objecto do direito subjetivo: os clássicos direitos de defesa reconduziam-se a uma pretensão de omissão dos poderes públicos perante a esfera jurídica privada; os direitos a prestações postulam uma proibição de omissão, impondo-se ao Estado uma intervenção activa de fornecimento de prestações; 3) nos planos metódico e metodológico, enquanto a densidade, das normas consagradoras de direitos de defesa permite, tendencialmente, a justiciabilidade destes direitos, jurídico-individualmente accionada, os preceitos consagradores dos direitos a prestações estabelecem imposições constitucionais vagas e indeterminadas, dependentes da *interpositio* do legislador e demais órgãos concretizadores” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 52-53).

³⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 90.

³⁶ Nesse sentido: “A não-inclusão de direitos sociais na Lei Fundamental, no entanto, não significa uma recusa do seu ideário subjacente. Assim, o conceito do “Estado Social” (art. 20, LF) representa uma “norma fim-de-Estado” (*Staatszielbestimmung*) que fixa, de maneira obrigatória, as tarefas e a direção da atuação estatal presente e futura, sem, no entanto, criar direitos subjetivos para a sua realização. A doutrina alemã se refere a essas normas constitucionais como “mandados” (*Aufträge*) e não propriamente “direitos”. (KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: ano 36, n. 144, out./dez. 1999. p. 245).

A aplicação de direitos fundamentais sociais prestacionais deve ser feita de forma progressiva, não gerando direitos subjetivos contra o Estado, mas os interesses sociais derivados de normas programáticas representam uma necessidade de intervenção estatal, sendo que somente no caso de impossibilidade material devidamente constatada poder-se-ia ser suspenso o seu cumprimento.

Assim, conforme ensinamento de Robert Alexy³⁷, podemos encontrar um grande dilema decorrente da constatação da vinculação dos direitos sociais, posto que deslocariam a política social da competência parlamentar para a competência do tribunal constitucional, sendo que no caso de posição contrária, haveria a violação da cláusula da vinculação dos direitos fundamentais prevista na Constituição³⁸.

A justificativa para a impossibilidade de sindicalização de direitos sociais prestacionais reside na dificuldade de se chegar a uma determinação exata de seu conteúdo e estrutura, posto que formulados abstratamente, razão pela qual, diante da insuficiência de critérios, deparamo-nos com uma tarefa política. Sob a ótica do princípio da separação de poderes e da democracia, a decisão sobre o conteúdo de direitos fundamentais sociais pertenceria ao legislador legitimado pelo povo, sendo que os tribunais somente poderiam atuar após a manifestação do legislativo. Acrescente-se o fato de que os efeitos financeiros conduziram a uma indevida transferência da política orçamentária para o Judiciário.

Mas, deve ser indicado que o modelo ideal não deve deixar para a maioria parlamentar a decisão sobre os direitos fundamentais exclusivamente, pois somente com o sopesamento entre princípios é possível a identificação dos direitos fundamentais sociais do indivíduo. Ao princípio da liberdade fática, ou seja, a possibilidade de se escolher entre as alternativas permitidas pela atividade estatal, contrapõe-se a competência decisória do legislador.

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 499-519.

³⁸ A Constituição da República do Brasil de 1988 teve como fundamento a Lei Fundamental de Bonn (artigo 1º, §3º, da Constituição alemã - 1948) no que se refere à imediata aplicação de direitos e garantias fundamentais (artigo, 5º, § 1º, CR), sendo que, todavia, a Constituição alemã não incorporou um catálogo de direitos sociais.

O princípio da competência orçamentária do legislador não pode assumir feição totalizante, posto que os direitos individuais sociais podem assumir importância maior do que razões político financeiras, sendo que a dependência de intermediação infraconstitucional não pode se revelar em uma obstrução absoluta à justiciabilidade de direitos sociais.

1.5 CONCLUSÃO

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social nos mostrou que inicialmente havia desconfiança contra o poder absoluto, existindo uma separação profunda entre a sociedade e o Estado, para, em momento posterior, com o advento do Estado Social, existir uma postura estatal ativa no âmbito econômico, social e cultural. Assim, a passagem de um modelo ao outro exige normas de adaptação que são necessárias à transição ideológica, razão pela qual as normas programáticas assumem papel de destaque.³⁹

O Estado Liberal tinha a finalidade de proteção do indivíduo contra os abusos do Estado. Mas constatou-se que o Estado não é o único ente que impõe relações coercitivas de convívio, posto que fatores econômicos despontaram como fonte de desigualdades e opressão, motivo pelo qual o Estado passou a intervir na ordem econômico-social. O conjunto de direitos econômicos e sociais origina o conceito de Constituição-dirigente.⁴⁰

Os direitos sociais alçados à dignidade constitucional configuram uma mudança no modelo estatal, mas a inclusão de educação, previdência e cultura no texto constitucional não poderia assumir aplicabilidade direta e imediata, posto que ao contrário

³⁹ Destacamos: “A instabilidade e o compromisso marcam, ao contrário, o constitucionalismo social, desde o seu advento, fazendo frágeis os alicerces das Constituições que, a partir do primeiro pós-guerra do século XX, buscam formas de equilíbrio e transação na ideologia do Estado social. A trégua constitucional em meio ao conflito ideológico se fez unicamente em razão das fórmulas programáticas introduzidas nos textos das Constituições, sendo paradigma maior dessa criação teórica a Constituição de Weimar” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 232).

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 135-136.

dos direitos relativos à liberdade que demandavam apenas uma abstenção estatal, os direitos sociais apresentam uma grande barreira para se converterem em direitos subjetivos, pois exigem uma atitude positiva do Estado.

Nesta ocasião, a teoria de Ferdinand Lassalle foi a crítica mais contundente realizada sobre a eficácia das normas constitucionais, posto que definiu a Constituição de um país como a soma dos fatores reais do poder, sendo que somente se converteriam em fatores jurídicos quando, observados determinados procedimentos, transportados para uma “folha de papel”. A Constituição escrita somente será durável, na medida em que corresponder aos fatores de poder. Ao passo que no caso de conflito entre a Constituição escrita e a Constituição real, deve a “folha de papel” necessariamente sucumbir diante das forças sociais e econômicas.⁴¹

Assim, o desafio da doutrina constitucionalista consiste na determinação do alcance jurídico e do grau de eficácia das normas programáticas, uma vez que superado a estágio inicial de sua utilização quando da assunção da postura intervencionista do Estado na sociedade, iniciado após a Primeira Guerra Mundial, a atuação estatal deve se orientar para o cumprimento dos valores fixados na Constituição.

De acordo com a tradicional classificação das Constituições elaborada por Karl Löwenstein⁴², podemos sintetizar seus critérios da seguinte forma: 1- **Constituição normativa**, em que o critério de análise se situa na concordância das normas constitucionais com a realidade do processo do poder, ou seja, a conformação específica do poder depende do meio social e político em que a Constituição deve incidir; 2- **Constituição nominal**, em que os pressupostos sociais e econômicos existentes funcionam em oposição à concordância entre as normas constitucionais e a exigência do processo de

⁴¹ Destaca-se: “Eis aqui o que é, em essência, a Constituição de um país: o somatório dos fatores reais de poder que vigoram nesse país. Colhem-se estes fatores reais de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá expressão escrita, e a partir deste momento, incorporados a um papel, já não simples fatores reais de poder, mas que erigiram em direito, em instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atentar contra a lei e será castigado. (...) Vimos, senhores, que relação guardam entre si duas Constituições de um país, essa Constituição real e efetiva, formada pelo somatório de fatores reais e efetivos que vigoram na sociedade, e essa outra Constituição escrita, à qual, para distingui-la da primeira, daremos o nome de folha de papel” (LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Livraria Líder e Editora, 2008. p.48-53).

⁴² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel. p. 217-219.

poder; e, 3- **Constituição semântica**, na qual a conformação do poder está congelada em benefício dos detentores fáticos do poder.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 seria uma Constituição nominal, posto que o ambiente social e econômico não se revela favorável à concordância entre as normas e a realidade do processo de poder, razão pela qual estabeleceu finalidades a serem alcançadas, sem, todavia, haver previsão dos meios para se obter o desiderato do Constituinte. Somente com o decurso do tempo haveria uma conformação da realidade social, sendo possível a harmonização da pretensão jurídico-constitucional com as condições sócio-econômicas. As disposições programáticas revelam importante caminho para permitir a transição da Constituição nominal em Constituição normativa, posto que estabelecem finalidades a serem atingidas pelo Estado.

CAPÍTULO 2

CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A socialização do direito decorrente do período pós-guerra e da crise de 1929 gerou mudanças no plano político, com a consequente intervenção estatal na vida privada que refletiu em um compromisso das Constituições modernas, e em razão do novo cenário, o Estado assumiu uma função intervencionista, bem como as Constituições passaram a fixar um rol de direitos sociais, sendo que dentre as técnicas de positivação de direitos sociais, destacam-se as normas programáticas que fornecem substrato para a classificação das Constituições.

A doutrina e jurisprudência se debruçam sobre o estudo das normas programáticas de modo a conferir tratamento único, mas em razão das múltiplas possibilidades de interpretação do texto constitucional surgem diversas classificações, ora no sentido de retirar-lhes eficácia, ora impondo observância às suas disposições.

2.1 CLASSIFICAÇÃO DE RUI BARBOSA

Baseado na doutrina norte-americana, Rui Barbosa adotou a denominação *self-executing*, *self-acting*, *self-enforcing* ou auto-aplicáveis e de outro lado *not self-executing*, *not self-acting* ou não auto-aplicáveis.

A classificação buscou separar as normas que não necessitavam de designação de autoridade, nem criação de procedimento especial, posto que o direito instituído se encontrava pronto para sua execução e preservação (*self-executing*) das disposições

constitucionais que dependiam de medidas legislativas para poderem incidir de forma plena (*not self-executing*)⁴³.

2.2 CLASSIFICAÇÃO DE VEZIO CRISAFULLI

O jurista italiano Vezio Crisafulli⁴⁴ apresenta um modelo classificatório que influenciou de forma contundente a doutrina nacional, com a seguinte formatação: **normas constitucionais imediatamente preceptivas**, ou seja, dotadas de aplicabilidade imediata, posto que apresentam todos os elementos necessários à plena produção de seus efeitos; **normas constitucionais de eficácia diferida**, que configuram disposições que precisam de disposições ulteriores legislativas ou operações administrativas; e, **normas constitucionais programáticas**, que não regulam de modo direto e imediato determinadas situações, mas se referem a regulamentação de comportamentos públicos, estabelecendo o que os agentes estatais podem fazer em relação a determinado objeto, mas diante do elevado teor de abstração não apresentassem todos os elementos necessários à caracterização imediata do seu conteúdo.⁴⁵

Nas normas programáticas, o legislador, ao invés de regular um objeto imediatamente, pré-estabelece um programa de ação, vinculando-se a não se afastar dele sem um motivo justificado. Em relação à Constituição rígida, as normas programáticas podem ser definidas como um programa de ação adotado pelo Estado endereçado aos órgãos legislativos, de direção política e administrativa, como instrução que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em

⁴³ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*: coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933, v. II: arts. 16 a 40. p. 488.

⁴⁴ CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952. p. 10-11.

⁴⁵ Assim, destacamos: «programmatiche» si dicono quelle norme giuridiche con cui il legislatore, invece di regolare immediatamente un certo oggetto, prestabilisce a se stesso un programma di azione, in ordine all'oggetto stesso, vincolandosi a non disconstarsene senza un giustificato motivo. Con riferimento a quelle poste non in una legge qualsiasi, ma in una Costituzione di tipo rigido, quale la nostra vigente, può e deve farsi un passo ulteriore, definendo «programmatiche» quelle norme costituzionali con cui un programma di azione é assunto dallo Stato ed assegnato ai suoi organi, legislativi, di indirizzo politico ed amministrativi, precisamente come un programma che ad essi incombe l'obbligo di realizzare nei modi e nelle forme delle rispettive attività. Insomma, un programma politico assunto nell'ordinamento giuridico e tradotto in termini di norme costituzionale, ossia dotate di efficacia prevalente rispetto a quella delle ordinarie norme legislative: sottratto, quindi, alle mutevoli oscillazioni e alla varietà di criteri dei programmi e indirizzi di partito e di governo, ed anzi obbligatoriamente prefissato dalla Costituzione a fondamento e limite di questi. (CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952. p. 103-104).

suma, um programa político encampado pelo ordenamento jurídico, provido de eficácia prevalente em relação às normas ordinárias, alheio às oscilações e variedades de critérios de partido e governo, sendo obrigatoriamente prefixado pela Constituição como fundamento e limite de atuação.

As normas programáticas definem fins, mas não esclarecem os meios a serem empregados para a consecução de tais metas, investindo os jurisdicionados em posição jurídica menos consistente do que as normas que conferem direitos subjetivos, especificamente em relação à possibilidade de exigir uma prestação.

Vezio Crisafulli já destacou o conflito das normas programáticas com a legislação ordinária, sendo que no caso de violação positiva surge o mecanismo de controle de constitucionalidade com o objetivo de anulação da disposição legal, mas na hipótese de omissão legislativa tal remédio não é possível, inexistindo a possibilidade de impugnação da inércia estatal, restando a responsabilidade do governo perante o parlamento, do parlamento frente ao eleitorado, a crítica e resistência da opinião pública⁴⁶.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DE JOSÉ HORÁCIO MEIRELLES TEIXEIRA

O pioneirismo da doutrina brasileira quanto ao estudo da eficácia das normas constitucionais se deve a José Horácio Meirelles Teixeira⁴⁷ que apresentou duas categorias distintas de normas constitucionais: **normas de eficácia plena** e **normas de eficácia limitada ou reduzida**, buscando superar os preceitos norte-americanos difundidos amplamente por Rui Barbosa.

Desta forma, as **normas de eficácia plena**, também chamadas de **preceptivas** ou **operativas**, produzem todos os efeitos essenciais desde a promulgação, posto que o constituinte criou normatividade suficiente para incidir diretamente sobre a matéria. Ao

⁴⁶ CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952. p. 48-50.

⁴⁷ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 316-365.

passo que, as **normas de eficácia limitada**, chamadas igualmente de **não plenamente preceptivas** ou **não plenamente operativas**, não produzem efeitos imediatos, sendo necessária a intervenção do legislador ordinário para que a norma constitucional possa produzir efeitos.

As normas de eficácia limitada podem ser divididas em duas categorias: **normas programáticas**, que se relacionam à matéria ético-política, constituindo programas de ação social e **normas de legislação**, cujo conteúdo insere-se na organização da Constituição, não apresentando conteúdo ético-social.

As normas programáticas regulam comportamentos públicos destinados a incidir em certas matérias, criando um programa de ação que deve ser assumido pelo Estado. O constituinte optou por regular apenas o comportamento estatal, gerando uma verdadeira “promessa de legislação”. As disposições programáticas surgiram da experiência antifascista pela independência nacional italiana, consistindo em um ponto de equilíbrio entre as diversas forças políticas, basicamente entre os partidos das classes trabalhadoras, que desejavam uma profunda transformação no ordenamento econômico-social, e os partidos da democracia cristã, que se limitavam à restauração do regime político-social pré-fascista. Assim, ambas tiveram que transigir com a resistência da burguesia conservadora que não acreditava na inclusão de disposições econômico-sociais na Constituição, razão pela qual somente parte das disposições mais avançadas conseguiu se incorporar ao texto constitucional sob a forma de princípios, notadamente como disposições genéricas para serem ulteriormente desenvolvidas pela atividade legislativa.

Diante deste quadro, nota-se que no momento em que uma norma constitucional se revela incômoda por prejudicar determinados interesses, busca-se evitar sua aplicação sob o rótulo de “programática”.

As normas de legislação não podem desenvolver sua eficácia até que legislação ulterior as coloquem em condições de receber efetiva aplicação, tendo conteúdo, em geral, de matéria de organização, não refletindo nenhum choque de interesses ou ideologias, necessitando apenas de um instrumento, posto que a Constituição não se revela a via apropriada para tecer todos os regramentos sociais. Assim, justamente por não haver

conflito ideológico ou choque de interesses, as normas de legislação são regulamentadas em período relativamente curto.

Salienta Meirelles Teixeira que a grande controvérsia que gira em torno da eficácia jurídica das normas constitucionais limitadas, posto que não existe norma constitucional despida de efeitos, sendo que existe preocupação que o intérprete atue de forma a dar à norma constitucional a maior eficácia jurídica possível, podendo ser enumeradas as seguintes conclusões:

a) **mandado ao legislador ordinário**: toda norma de eficácia limitada constitui-se numa ordem destinada ao legislador ordinário para que edite o ato regulamentador. A ausência de sanção para a inércia do legislador é que constitui elemento que contribui para a ineficácia das disposições constitucionais;

b) **condicionamento da legislação futura**: não só existe determinação para que o legislador atue, mas que observe as disposições constitucionais. O constituinte pode assinalar um fim a atingir, deixando o legislador livre para escolher os meios ou estabelecer restrições, limites e observância a certos princípios e diretrizes para atingir o fim proposto.

c) **incompatibilidade com a legislação anterior**: a legislação anterior incompatível com as normas constitucionais de eficácia limitada não é recepcionada pelo ordenamento jurídico, posto que não se pode admitir que uma mesma ordem jurídica possa abrigar normas contrárias à Constituição.

d) **eficácia interpretativa**: as normas programáticas possuem valor teleológico que informam todo o ordenamento jurídico, indicando as diretrizes que deverão ser observadas pelo Estado, constituindo princípios de interpretação do direito vigente.

e) **eficácia integradora**: função normatizadora das lacunas do ordenamento jurídico, ainda que não tenha sido editada a norma ordinária regulamentadora, algumas normas programáticas podem reger situações ainda não expressamente previstas.

f) **condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário**: a força vinculante das normas programáticas não se restringe às atividades do Legislativo, sendo que a eficácia interpretativa e integradora permite que a Administração e o Judiciário sejam igualmente destinatários das diretrizes constitucionais. Apesar da existência de entendimento indicativo de que somente o legislador ordinário seria o único destinatário das normas programáticas, constata-se que o Poder Executivo deve atuar sob a

égide da legalidade, mas não se pode admitir que um órgão do Estado possa estar alheio às diretrizes sociais e políticas fixadas pela Constituição. De igual maneira, as normas programáticas oferecem subsídio ao Poder Judiciário para interpretação e integração do direito, salientando que juízes e tribunais devem realizar a aplicação mais ampla possível dos preceitos constitucionais.

g) Criação de situações jurídicas subjetivas, de vínculo ou de vantagem: inicialmente, devemos constatar que tudo o que aparece como um bem, subjetivamente torna-se um interesse, consistente na valoração subjetiva daquilo que constitui o bem. Podemos escalonar os interesses juridicamente relevantes em uma intensidade crescente de proteção jurídica: 1) simples interesses; 2) expectativas de direito; 3) interesses legítimos; 4) direitos condicionados; 5) direitos subjetivos. Se a situação de subordinação de um interesse mediante medida jurídica (sanção) constitui uma obrigação, temos um direito subjetivo se os meios coativos permitem uma exigência direta, plena e específica, mas se os meios forem indiretos, limitados, genéricos, teremos outras figuras, como o interesse simples, interesse legítimo ou a expectativa de direito. Em razão deste escalonamento, surge o questionamento da situação jurídica gerada pela norma programática, posto que em qualquer caso sempre se busca tornar obrigatório certos comportamentos estatais, e realizar e proteger certos interesses, ora diretamente, ficando o interesse coletivo em segundo plano, ora indiretamente, posto que em primeiro plano encontra-se o interesse coletivo, sendo que o interesse individual será protegido apenas reflexamente, como decorrência da promoção do interesse geral. Quando as normas programáticas têm o objetivo de proteção do interesse geral e por via reflexa protegem o interesse individual não há direito subjetivo, posto que os agentes estatais acham-se protegidos pelo poder discricionário, que permite a escolha quanto à oportunidade, meios e modo de agir.⁴⁸ Por outro lado, as normas programáticas podem ter o objetivo de proteção de interesses individuais e, indiretamente, protegem o interesse coletivo, sendo que a idéia da impossibilidade de produzir direitos

⁴⁸ Exemplificativamente, destacam-se os seguintes dispositivos como exemplos de proteção do interesse geral, com incidência por via reflexa em direitos individuais: Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente: I - os instrumentos creditícios e fiscais; II - os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização; III - o incentivo à pesquisa e à tecnologia; IV - a assistência técnica e extensão rural; V - o seguro agrícola; VI - o cooperativismo; VII - a eletrificação rural e irrigação; VIII - a habitação para o trabalhador rural.

subjetivos predominou durante longa data, considerando que os preceitos programáticos reduzem a imperatividade das normas constitucionais, mas não se pode negar a possibilidade, em determinadas circunstâncias de produção de verdadeiros direitos subjetivos, principalmente por meio de controle incidental de constitucionalidade. Todavia, inegável que os preceitos constitucionais programáticos se relacionam mais estreitamente com a ação do Poder Legislativo, diante do conteúdo principiológico, que fixa diretrizes e limitações, do que com o reconhecimento de direitos subjetivos por ação judicial. Importante destacar que na omissão legislativa, o mecanismo judicial não funciona bem, posto que não há sanção direta ao Legislativo.

Em conclusão, Meirelles Teixeira destaca que não se pode exigir comportamentos positivos do Estado, com base em normas programáticas, sendo somente admissível o surgimento de direitos subjetivos ligados a uma abstenção estatal.⁴⁹

2.4 CLASSIFICAÇÃO DE JOSÉ AFONSO DA SILVA

José Afonso da Silva⁵⁰ discrimina as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em três categorias:

- a) **Normas constitucionais de eficácia plena:** incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da Constituição da República, produzem todos os efeitos essenciais, porque o constituinte criou uma normatividade suficiente para isso, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. As condições gerais de

⁴⁹ Destacamos: “Se das normas programáticas não podem surgir direitos subjetivos em seu aspecto positivo, isto é, como faculdade de exigir uma prestação (por exemplo, o trabalhador desempregado não pode exigir trabalho; o agricultor não pode exigir crédito para sua lavoura; a criança desamparada não pode exigir teto, escola, alimentação; o estudante pobre não pode exigir bolsa de estudos, nem o estudioso ou o cientista, amparo oficial aos seus esforços; o consumidor não pode exigir que o governo acabe com os trustes e com os lucros abusivos; o trabalhador não pode exigir a participação nos lucros da empresa; o requerente não pode exigir que seu processo caminhe mais rapidamente nas repartições; o lavrador sem terra para cultivar não pode exigir a reforma agrária etc), se tal fosse possível, evidentemente as normas já não seriam programáticas, destas podem, todavia, surgir direitos subjetivos em seu aspecto negativo, isto é, como faculdade de exigir uma abstenção, em face de leis e atos administrativos que lhes sejam manifestamente contrários” (TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 365).

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 88-166

aplicabilidade são a existência apenas de aparato jurisdicional, ou seja, aplicam-se pelo fato de serem normas jurídicas que pressupõem a existência do Estado e de seus órgãos.⁵¹

b) **Normas constitucionais de eficácia contida:** incidem imediatamente e produzem todos os efeitos queridos, pois o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, todavia prevêem meios que permitem manter sua eficácia contida a certos limites, deixando margem à atuação do Poder Público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.⁵²

c) **Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida:** não produzem, com a entrada em vigor, todos os efeitos essenciais, pois o constituinte não estabeleceu uma normatividade bastante para isso, deixando a tarefa para o legislador ordinário ou a outro órgão estatal.

c.1) **Normas constitucionais de princípio institutivo:** a característica fundamental reside no fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação, apresentando esquemas gerais de maneira a dar início a estruturação de instituições, órgãos ou entidades para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei, também sendo chamadas de normas de princípio orgânico ou organizativo.⁵³

c.2) **Normas constitucionais de princípio programático:** normas através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos) como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.⁵⁴

⁵¹ Destacamos, exemplificativamente: art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário; art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; e, art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

⁵² Como exemplos: art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; e, art. 37, I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

⁵³ Destacam-se os seguintes exemplos: art. 90, § 2º - A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República; art. 91, § 2º - A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional.

⁵⁴ Podemos citar: art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem

Ressalta José Afonso da Silva a tendência das normas programáticas assumirem o caráter vinculativo, como uma finalidade obrigatória do Poder Público, mas ainda se mostram obscuros os meios a serem adotados para se atingir tal objetivo, sendo que o fato de dependerem de providências institucionais para a sua realização não significa que seja sejam destituídas de eficácia.

A eficácia jurídica das normas programáticas pode ser resumida da seguinte forma: 1) estabelecem um dever para o legislador ordinário; 2) condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que a ferirem; 3) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção de valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; 4) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; 6) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.

Quanto à tutela de situações subjetivas, José Afonso da Silva afirma que nem todo interesse juridicamente protegido se encontra na categoria de direito subjetivo. Realça a noção de situações jurídicas subjetivas como concepção mais ampla em que indivíduos ou entidades ocupam posições nas relações jurídicas que lhes possibilitam realizar certos interesses juridicamente protegidos ou os constroem a subordinarem-se a eles. Na classe de interesses juridicamente relevantes destacam-se: simples interesses, expectativas de direito, interesses legítimos, direitos condicionados e direitos subjetivos.

Os direitos subjetivos gozam de proteção direta, plena e específica, ao passo que se a proteção for indireta, limitada ou genérica, obteremos o interesse simples, o interesse legítimo, a expectativa de direito ou o direito condicionado.

preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; art. 7º, XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; e, XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei.

Desta forma, quanto mais completa for a eficácia da norma constitucional, mais intensa será a tutela da situação subjetiva. As normas de eficácia plena quase sempre geram direitos subjetivos, posto que dotadas de aplicabilidade imediata e apresentam todos os elementos necessários para sua plena realização. As normas de eficácia contida, em regra, configuram limitações ao Poder Público, sendo que conferem situações jurídicas de vantagem aos governados e situações de vínculo ou negativas aos agentes do Poder Público, de modo que geram direitos subjetivos para os indivíduos. Normas constitucionais de princípio institutivo, por sua vez, são de eficácia limitada e, por isso, os interesses protegidos têm pequena intensidade, de modo que as situações positivas ou de vantagem raramente passam de interesse legítimo, sendo que as situações de vínculo ou negativas se encontram muito próximas das normas de eficácia plena, diante da limitação imposta ao Poder Público, que somente pode atuar nos limites da lei. As normas programáticas, quanto à situação de vínculo obrigam o legislador e o juiz a agir de acordo com as diretrizes constitucionais, mas em relação ao aspecto da situação jurídica de vantagem a questão se mostra controvertida, uma vez que não produzem direitos subjetivos em seu aspecto positivo, mas geram direitos subjetivos como a possibilidade de gerar uma abstenção por meio do controle de constitucionalidade das leis, posto que a Administração deve desenvolver sua atividade de acordo com o programa estabelecido pela norma constitucional.

2.5 CLASSIFICAÇÃO DE MARIA HELENA DINIZ

Maria Helena Diniz⁵⁵ apresenta classificação com base na questão da intangibilidade e da produção de efeitos concretos:

a) Normas com eficácia absoluta: são intangíveis, não podendo sequer sofrer alteração por emenda constitucional. Diferenciam-se das normas de eficácia plena justamente em razão da impossibilidade destas serem passíveis de emenda;

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 112-120.

- b) **Normas com eficácia plena:** são plenamente eficazes desde a entrada em vigor da Constituição para disciplinar as relações jurídicas, por conterem todos os elementos imprescindíveis para a produção dos efeitos previstos, criando direitos subjetivos, apesar de poderem sofrer alteração por revisões e emendas;
- c) **Normas com eficácia relativa restringível:** equivalem às normas de eficácia contida. Apresentam aplicabilidade imediata ou plena, muito embora sua eficácia possa ser reduzida nos termos do que dispuser a lei;
- d) **Normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação:** apresentam aplicabilidade mediata, por dependerem de norma posterior que lhes desenvolva a eficácia para possibilitar o exercício do direito consagrado. Não haverá a produção de efeitos enquanto não for promulgada lei que regule a matéria, mas oferecem eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis, bem como apresentam eficácia impeditiva de qualquer conduta contrária ao disposto na Constituição.

Maria Helena Diniz adota igualmente a subdivisão proposta por José Afonso da Silva em: normas de princípios institutivos e normas programáticas.

2.6 CLASSIFICAÇÃO DE JORGE MIRANDA

Em relação à classificação com base na especialidade do Direito Constitucional⁵⁶ pode-se destacar a existência de:

- a) **Normas constitucionais de fundo** (referentes às relações entre a sociedade e o Estado ou ao estatuto das pessoas e dos grupos da comunidade política), **orgânicas** (definidoras de órgãos de poder, estrutura e competência) e **procedimentais ou de forma** (atos de poder, procedimentos e processos de formação de vontade);
- b) **Normas constitucionais preceptivas** (possuem execução imediata, prescrevem obrigação de meio, expressam comandos-regra) e **normas programáticas** (têm

⁵⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Constituição*. Tomo II. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 268-281.

aplicação diferida, prescrevem obrigações de resultado, expressam comandos-valores, conferem elasticidade ao ordenamento, apresentam como destinatário, como regra, o legislador, não permitem que o cidadão as evoque em Tribunal, representando expectativas de direitos subjetivos);

- c) **Normas constitucionais exeqüíveis** (não precisam de complementação por normas legislativas) e **não exeqüíveis por si mesmas** (há um desdobramento, em que um comando que fixa um objetivo, atribui certo direito, prevê um órgão e, por outro lado, um segundo comando exige do Estado a realização desse objetivo, a efetivação desse direito, a Constituição desse órgão, mas que ficam dependentes de normas que disponham as vias ou instrumentos para tal mister);
- d) **Normas constitucionais** (contêm uma específica regulamentação constitucional, seja a título de normas materiais, seja a título de normas de garantia) e **normas sobre normas constitucionais** (reportam-se a outras normas constitucionais para certos efeitos, como disposições transitórias e disposições de revisão)

Após a exposição da classificação das normas constitucionais, Jorge Miranda apresenta algumas considerações comparativas entre os modelos apresentados, ou seja, conclui que toda norma exeqüível por si mesma é preceptiva, mas nem toda norma preceptiva é exeqüível por si mesma. Ao passo que a norma programática é, em regra, não exeqüível por si mesma.

As normas programáticas se assemelham às normas preceptivas não exeqüíveis por si mesmas, pois são autolimitadas e necessitam de concretização e regulamentação legislativa. Mas diferenciam-se na medida em que as normas preceptivas não exeqüíveis por si mesmas postulam apenas a intervenção do legislador, enquanto que as normas programáticas exigem a lei e também providências administrativas e operações materiais. As normas preceptivas não exeqüíveis por si mesmas dependem de fatores jurídicos e decisões políticas, sendo que as normas programáticas dependem ainda de fatores econômicos e sociais.

O legislador apresenta maior liberdade de atuação em relação às normas programáticas, posto que diante de normas preceptivas não exeqüíveis existe apenas a dependência de edição de lei para concretizar o comando constitucional, enquanto que as normas programáticas exigem pressupostos de fato para a atuação do legislador.

Quanto à força jurídica das normas, Jorge Miranda esclarece que as normas programáticas e normas preceptivas não exequíveis por si mesmas devem ser levadas em consideração na interpretação das outras normas que poderiam ter alcance diverso sem elas; podem integrar lacunas, por meio da analogia; proíbem a emissão de normas legais contrárias, bem como a prática de comportamentos que tendam a impedir a produção de atos por ela impostos; fixam critérios e diretivas para o legislador ordinário quanto ao domínio que versam, sendo inconstitucionais as atuações do legislador quando se afastam desses critérios por desvio de poder; proíbem a revogação da concretização infra-constitucional, posto que o legislador não pode subtrair a exequibilidade de uma norma constitucional.

Mas quanto às normas preceptivas não exequíveis nota-se que determinam a cessação de vigência de normas legais anteriores que disponham em sentido contrário, e obrigam o legislador a editar as necessárias normas infra-constitucionais para lhes atribuir exequibilidade.

Quanto às normas programáticas, há igualmente a incidência de inconstitucionalidade superveniente das normas legais anteriores contrárias ao comando constitucional, e possibilitam a declaração de inconstitucionalidade por omissão, mas a decisão deve necessariamente se ater às condições de fato a partir das quais podem receber exequibilidade com eventual restrição de efeitos.

2.7 CLASSIFICAÇÃO DE LUIS ROBERTO BARROSO

A sistematização formulada por Luiz Roberto Barroso⁵⁷ tem o objetivo de reduzir a discricionariedade dos poderes públicos quando da aplicação da norma constitucional. Assim, oferece a seguinte tipologia:

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 89.

- a) **Normas constitucionais de organização:** normas relativas à organização política do Estado, que instituem órgãos e promovem atribuição de competências para o exercício do poder político. A principal característica é que tais normas estabelecem uma obrigação objetiva, isto é, não dependem da ocorrência de fatos para resultar em uma determinada consequência;
- b) **Normas constitucionais definidoras de direito:** as modernas Constituições definem os direitos fundamentais dos indivíduos que podem ser divididos em quatro categorias: direitos políticos, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos. Os direitos políticos se relacionam à nacionalidade e à cidadania. Os direitos individuais ligam-se à afirmação jurídica da personalidade humana. Os direitos sociais surgem como deveres para o Estado para a melhoria das condições de vida e igualdade social. O mérito de Luiz Roberto Barroso é dissociar os direitos sociais das normas programáticas, de forma a atribuir a possibilidade de persecução em juízo. Os direitos difusos se caracterizam por pertencer a uma série indeterminada de pessoas e indivisibilidade do objeto.
- Quanto aos direitos sociais, especificamente, o autor salienta que pode haver três grupos de posições jurídicas: 1- geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção, como no caso do direito de greve; 2- ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado, como benefícios previdenciários e fornecimento de medicamentos; 3- contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora, sendo que o legislador deve regulamentar a sua realização.
- c) **Normas constitucionais programáticas:** existem normas que definem direitos para o presente (direitos sociais) e outras contemplam interesses de forma prospectiva, estabelecendo diretrizes que devem ser observadas dentro do quadro de possibilidades do Estado e da sociedade. O legislador, no caso das normas programáticas, apenas traça as linhas diretoras para orientar os poderes públicos. O controle exercitável com base em normas programáticas se revela frágil, justamente porque depende da intervenção estatal que se utiliza de critérios de conveniência e oportunidade, afastando a intervenção judicial para sua efetiva concretização. Apresentam os seguintes efeitos: 1- não recepcionam os atos normativos anteriores que sejam colidentes com suas disposições; 2- permitem um juízo de inconstitucionalidade dos atos normativos posteriores. Sob o aspecto subjetivo, conferem ao cidadão o direito de: 1- opor-se judicialmente ao cumprimento de

regras contrárias ao sentido da norma constitucional; 2- obter, na atuação jurisdicional, a interpretação orientada no sentido e direção indicados pela norma constitucional.

2.8 CONCLUSÃO

Constatamos que as normas programáticas tradicionalmente servem como parâmetro para o controle de constitucionalidade, em consonância com a classificação doutrinária das normas constitucionais, destacando-se, de forma exemplificativa: como fundamento para o reconhecimento da união estável homoafetiva⁵⁸, justificativa para a concessão de isenção de IPI sobre a cana de açúcar⁵⁹, fundamento para concessão de benefícios para as pessoas portadoras de deficiência⁶⁰.

Assim, a norma programática constitucional configura uma diretriz a ser seguida pelo poder político, sendo que os atos editados em desconformidade com as

⁵⁸ No julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, o STF entendeu que a vedação à discriminação constitui fundamento para a interpretação conforme do artigo 1723 do Código Civil: “Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do **inciso IV do art. 3º da CF**, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’” (STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5-5-2011, Plenário, *DJE* de 14-10-2011)

⁵⁹ Nesse sentido: “A isenção tributária que a União Federal concedeu, em matéria de IPI, sobre o açúcar de cana (Lei 8.393/1991, art. 2º) objetiva conferir **efetividade ao art. 3º, II e III, da CF**. Essa pessoa política, ao assim proceder, pôs em relevo a função extrafiscal desse tributo, utilizando-o como instrumento de promoção do desenvolvimento nacional e de superação das desigualdades sociais e regionais.” (STF, AI 360.461-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-12-2005, Segunda Turma, *DJE* de 28-3-2008.)

⁶⁰ Nesse sentido: “Ação direta de inconstitucionalidade: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros (ABRATI). Constitucionalidade da Lei 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. Alegação de afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre iniciativa e do direito de propriedade, além de ausência de indicação de fonte de custeio (arts. 1º, IV; 5º, XXII; e 170 da CF): improcedência. (...) Em 30-3-2007, o Brasil assinou, na sede da ONU, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados.” (STF, ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, *DJE* de 17-10-2008.)

disposições constitucionais podem ser questionados em juízo pela via do controle de constitucionalidade.

Todavia, as normas constitucionais programáticas passaram a servir de fundamento de ações judiciais com o objetivo de tutelar direitos sociais prestacionais com nítida intervenção em questões políticas, deixando o Judiciário de exercer tão-somente a fiscalização dos atos de governo para passar a atuar como fonte de implementação de políticas públicas, destacando-se: a obrigação de matrícula de crianças em creche e pré-escola⁶¹; fornecimento de medicamentos⁶² (destacamos que o programa brasileiro de

⁶¹ Destaca-se: “A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.” (STF, ARE 639337. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23/08/2011, Segunda Turma, DJe de 15-09-2011).

⁶² Nesse sentido: “PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMAR- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (STF, RE 271286 Rel. Min. Celso de Mello, julgamento: 12/09/2000. Segunda Turma DJ 24/11/2000).

combate à AIDS que possui como importante marca o fornecimento gratuito de medicamentos, tendo como origem da Lei 9.313/96 – que obriga o Poder Público a fornecer medicamentos de forma gratuita pelo Sistema Único de Saúde - as liminares concedidas em favor de portadores de HIV com base no artigo 196 da Constituição da República); exame de ressonância magnética⁶³; realização de cirurgia⁶⁴; atendimento de criança de até 5 anos de idade em creche e pré-escola⁶⁵; transporte escolar gratuito para alunos da rede estadual de ensino⁶⁶; negativa de reintegração de posse em bem público com fundamento no direito de moradia⁶⁷; direito à segurança pública⁶⁸.

⁶³ Destaca-se: “MANDADO DE SEGURANÇA – REALIZAÇÃO DE EXAME DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE – CABIMENTO – ARTS. 23, II, E 196, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RECURSO PROVIDO. Cabe à administração pública determinar a realização de exame de ressonância magnética a hipossuficiente, portadora de enfermidade grave, pois cuidar da saúde é dever dos três entes estatais, nos termos dos arts. 23, II, e 196, da Constituição Federal”. (TJSP, Apelação 0200480-19.2008.8.26.0000. Rel. Des. Thales do Amaral, julgamento 21/11/2011. 4ª Câmara de Direito Público – Comarca de Presidente Bernardes).

⁶⁴ Note-se “Mandado de segurança Indeferimento da liminar. Cirurgia Artroplastia (próteses dos joelhos). Dever do Poder Público de tutelar a saúde, assegurada a todo cidadão. Recurso provido.” (TJSP Agravo de Instrumento 0054966-30.2011.8.26.0000. Rel. Des. Borelli Thomaz, julgamento 29/06/2011, 13ª Câmara de Direito Público - Comarca de Campinas).

⁶⁵ Destacamos: “A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças até cinco anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da CF. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.” (STF, ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011).

⁶⁶ Veja-se: “ENSINO PÚBLICO. TRANSPORTE ESCOLAR GRATUITO. MENOR CARENTE E COM PROBLEMAS DE SAÚDE. MEDIDA ASSEGURADA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL (CF, ART. 227 – CE, ART. 216, § 3º). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. OS ALUNOS DA REDE PÚBLICA ESTADUAL INTEGRANTES DE FAMÍLIAS DE BAIXA RENDA E PORTADORES DE ENFERMIDADE QUE DIFICULTA A LOCOMOÇÃO, POSSUEM O DIREITO DE OBTER TRANSPORTE ESCOLAR. DEVER DO ESTADO DE FORNECÊ-LO GRATUITAMENTE. PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL ASSEGURADO PELAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA” (TJRS, Apelação 70039905641. Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, julgamento 27/01/2011. Oitava Câmara Cível – Comarca de Viamão. DJE 04/02/2011)

⁶⁷ Destacamos: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. BEM PÚBLICO. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. No caso, embora a área invadida seja bem público, necessário observar questões de maior relevância, de cunho constitucional, como a dignidade da pessoa humana, o direito à moradia, entre outros. Não pode o município pretender simplesmente expulsar os agravantes da área, sem que estes tenham para onde ir.” (TJRS, Agravo de Instrumento 70008228561 Rel. Des. José Francisco Pellegrini, julgamento 08/06/2004. 19ª Câmara Cível – Comarca de Alvorada. DJ 02/08/2004)

Desta forma, apesar da classificação doutrinária negar a existência de um verdadeiro direito subjetivo baseado em norma de cunho programático, a jurisprudência não adotou tal posicionamento, permitindo a concretização de direitos fundamentais sociais.

O aspecto positivo é a possibilidade de controle da omissão estatal, razão pela qual o Poder Público passa a ter efetivo controle sobre sua atuação governamental. O ponto negativo é a intromissão indevida do Poder Judiciário em políticas públicas, gerando insegurança jurídica, posto que inexistente tratamento uniforme quanto aos direitos sociais prestacionais, bem como acarreta indevido impacto orçamentário, permitindo, inclusive, que somente aqueles que se socorrem do Judiciário consigam obter benefícios decorrentes da atuação estatal, gerando extrema desigualdade entre pessoas que se encontram em mesma condição.

Defendemos a possibilidade da intervenção judicial, em sede de normas programáticas, posto que a ausência de controle jurisdicional em sede de direitos fundamentais sociais não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Ausência de fiscalização por considerar a matéria uma questão política reduz o controle da moralidade administrativa, de forma que a inexistência de questionamento de ato referente à política pública não pode ser fonte de condutas ilícitas ou omissivas.

Por outro lado, a atuação do Poder Judiciário em seara típica dos Poderes Legislativo e Executivo pode gerar decisões voluntaristas relativas a direitos sociais prestacionais, posto que a estrutura das normas programáticas não se identifica com a simples atribuição de um efeito jurídico a uma descrição normativa. A vagueza das normas programáticas decorre da ausência de especificação de meios e prazos, limitando-se a estabelecer uma finalidade que deve ser alcançada com observância das possibilidades fáticas e jurídicas.

⁶⁸ Destaca-se: “O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.” (STF, RE 559.646-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento 7-6-2011, Segunda Turma, *DJE* de 24-6-2011.)

As decisões originadas de processos individuais não possuem, em regra, o condão de verificar os reais limites orçamentários do Poder Público, nem a possibilidade de estender os efeitos da decisão para outras pessoas que se encontrem na mesma situação jurídica, razão pela qual a intervenção judicial deve ser feita com cautela. O Judiciário, mesmo em sede de ação individual, deve assumir uma forma que prestigie o princípio da igualdade, posto que não há nada mais prejudicial ao Estado Democrático do que tratar desigualmente pessoas que gozam do mesmo *status* jurídico.

CAPÍTULO 3

EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

O ordenamento jurídico decorre da necessidade de sistematização das normas pelo Estado que o faz por meio da soberania. A dinâmica do sistema jurídico exige que o intérprete avalie os aspectos da norma quanto à existência, validade e eficácia para se obter uma operabilidade capaz de resolver conflitos, ressaltando-se a dificuldade do operador quando se depara com conceitos fluidos ou vagos ou até mesmo em razão de normas que estabelecem uma finalidade sem descrever os meios para se atingir o resultado.

3.1 PLANOS DOGMÁTICOS DA NORMA JURÍDICA: EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Inicialmente, é necessário destacar que não há uniformidade de tratamento quanto à terminologia da ciência jurídica no tocante às expressões existência, validade, vigência, eficácia, e efetividade, o que dificulta o estudo e a abordagem da matéria. Assim, desenvolveremos o tema de modo a realizar o contraponto entre a teoria geral do negócio jurídico e a teoria da norma jurídica para indicar pontos de conexão, com a finalidade de facilitar a compreensão do assunto.

O ato jurídico é uma declaração de vontade com a finalidade de produção de efeitos. Os atos jurídicos podem ser emanados de entes estatais: Legislativo, tendo a lei como grande expoente que estabelece normas de conduta; Judiciário, em que se destaca a sentença como principal escopo para a resolução de conflitos; e Executivo, no qual o ato administrativo exerce a função de satisfação do interesse público. Ainda, os particulares podem manifestar suas vontades por meio de negócios jurídicos com o fim de criar, modificar e extinguir direitos.

Assim como os negócios jurídicos comportam a análise no plano da existência, validade e eficácia, as normas jurídicas igualmente podem receber o mesmo tratamento, em relação ao agente, objeto e forma que constituem elementos de qualquer ato jurídico.

As categorias da existência, validade e eficácia foram desenvolvidas pela doutrina civilista em relação ao negócio jurídico para verificar sua plena realização. Assim, adotamos a terminologia utilizada por Antônio Junqueira de Azevedo que se refere a elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia.⁶⁹

Em relação ao plano da existência, devemos verificar a presença de elementos básicos para a formação do negócio jurídico. Podem ser divididos em: elementos gerais intrínsecos ou constitutivos de qualquer negócio jurídico: forma, objeto e circunstância negocial e elementos extrínsecos ou pressupostos: agente, lugar e tempo. Desta forma, a ausência de qualquer um dos elementos do negócio jurídico acarreta a inexistência, não podendo ser cogitada invalidade ou ineficácia.

Quanto ao plano de validade, há a preocupação com a aptidão para produção de efeitos concretos. Os atos jurídicos determinam a aquisição, modificação ou extinção de direitos, sendo que é indispensável que reúnam certo número de requisitos de validade para produzir efeitos.⁷⁰ Devemos mencionar que os requisitos de validade rotulam o negócio jurídico de acordo com as regras jurídicas vigentes, de modo que consubstanciam, de maneira geral, verdadeiros adjetivos qualificadores do negócio existente. Assim, a declaração de vontade deve ser resultante de processo volitivo, querida de acordo com a realidade, escolhida com liberdade, na ausência de má-fé. O objeto deve ser lícito, possível e determinado ou determinável. A forma será livre ou de acordo com a prescrição legal. Em relação aos elementos gerais extrínsecos: o agente deverá ser capaz; o ordenamento pode exigir que o negócio jurídico se faça em determinado tempo; e há de ser o lugar apropriado.

⁶⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. Existência, validade e eficácia. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁷⁰ DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil. Teoria geral*. 3ª. edição. Atualizado por Gustavo Tepedino, Antonio Carlos de Sá, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Renan Miguel Saad. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 225.

No tocante ao plano da eficácia, constatamos a possibilidade de produção desde logo de efeitos jurídicos ou sua submissão a elementos acidentais. É a eficácia jurídica decorrente dos efeitos manifestados como queridos pelo agente. Neste plano, verifica-se a presença de elementos acidentais do negócio jurídico, como a condição, o termo e o modo ou encargo.

Assim, a invalidade é uma consequência de uma carência intrínseca do ato, ao passo que ineficácia configura uma resposta aos impedimentos extrínsecos que afetam a regulamentação da aplicação prática do direito.⁷¹

Feita a introdução dos conceitos decorrentes da teoria geral do negócio jurídico, podemos passar à análise da existência, validade e eficácia no plano da teoria da norma jurídica.

3.1.1 EXISTÊNCIA

Note-se que o plano da existência não foi adotado em relação ao processo legislativo, sendo suprido pelos conceitos de validade formal ou vigência.

Mas, podemos destacar o interessante julgamento do HC 77.734,⁷² em que houve o debate no STF sobre a existência da lei. Importante salientar que até a edição da

⁷¹ Nesse sentido: “Invalidità e inefficacia, così caratterizzate, rappresentano pertanto la soluzione che il diritto è chiamato a dare a due problemi di trattamento essenzialmente differenti. L’invalidità è il trattamento rispondente a una carenza intrinseca del negozio nel suo contenuto precettivo; l’inefficacia, invece, si presenta come la risposta meglio adeguata a un impedimento di carattere estrinseco che incida sul divisato regolamento d’interessi nella sua pratica attuazione.” (BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002).

⁷² Conforme: “1. Habeas Corpus. 2. Anistia criminal. 3. Paciente condenado como incurso no art. 95, letra “d”, da Lei nº 8.212, de 1991, a dois anos e quatro meses de reclusão, “pela prática do delito de omissão de repasse de contribuições previdenciárias aos cofres autárquicos”. 4. Habeas corpus requerido em favor do paciente para que seja beneficiado pelo parágrafo único do art. 11, da Lei nº 9.639 publicada no Diário Oficial da União de 26 de maio de 1998, em virtude do qual foi concedida anistia aos “responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea “d” do art. 95 da Lei nº 8.212, de 1991, e no art. 86 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960”. 5. O art. 11 e parágrafo único foram inseridos no texto da Lei nº 9.639/1998, que se publicou no Diário Oficial da União de 26.5.1998. Na edição do dia seguinte, entretanto, republicou-se a Lei nº 9.639/1998, não mais constando do texto o parágrafo único do art. 11, **explicitando-se que a Lei foi republicada por ter saído com incorreção no Diário Oficial da União de 26.5.1998**. 6. **Simple erro material na publicação do texto não lhe confere, só por essa razão, força de lei**. 7. Caso em que o parágrafo único aludido constava dos autógrafos do projeto de lei, que veio assim a ser sancionado,

lei 9.983, de 14 de julho de 2000, a tipificação das condutas criminosas relacionadas à apropriação indébita previdenciária estava inserida no artigo 95 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991. O caso em exame se refere à publicação da lei 9.639, de 25 de maio de 1998, publicada no Diário da União em 26.5.1998, cujo artigo 11, parágrafo único, não foi objeto de votação pelo Congresso Nacional, tendo sido promulgada e publicada.

Art. 11 – São anistiados os agentes políticos que tenham sido responsabilizados, sem que fosse atribuição legal sua, pela prática dos crimes previstos na alínea d do art. 95 da Lei 8.212, de 1991, e no art. 86 da Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960.

Parágrafo único – São igualmente anistiados os demais responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea d do art. 95 da Lei n. 8.212, de 1991, e no art. 86 da Lei n. 3.807, de 1960.

No dia 27 de maio de 1998, houve a republicação do texto da lei 9639/98 sem constar o citado parágrafo único do artigo 11, salientando-se ter sido incorreta a publicação ocorrida no dia 26 de maio de 1998.

A tese sustentada perante o STF era justamente o reconhecimento de que as correções do texto em vigor são consideradas nova lei, consoante artigo 1º, § 4º, da Lei de introdução ao Código Civil.⁷³ Todavia, prevaleceu o argumento de que o dispositivo não havia sido aprovado pelo Congresso Nacional, não podendo incidir validamente, posto que não é norma legislativa, muito embora existente sanção presidencial, promulgação e publicação. Na ocasião ficou assentado que o erro tipográfico no texto de lei, quando evidente, dispensa lei retificadora e, quando a retificação se faz necessária, esta não se

promulgado e publicado a 26.5.1998. 8. O Congresso Nacional comunicou, imediatamente, à Presidência da República o fato de o parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639/1998 não haver sido aprovado, o que ensejou a republicação do texto correto da Lei aludida. 9. O dispositivo padecia, desse modo, de inconstitucionalidade formal, pois não fora aprovado pelo Congresso Nacional. 10. A republicação não se fez, entretanto, na forma prevista no art. 325, alíneas "a" e "b", do Regimento Interno do Senado Federal, eis que, importando em alteração do sentido do projeto, já sancionado, a retificação do erro, por providência do Congresso Nacional, haveria de concretizar-se, "após manifestação do Plenário". 11. Hipótese em que se declara, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639/1998, com a redação publicada no Diário Oficial da União de 26 de maio de 1998, por vício de inconstitucionalidade formal manifesta, decisão que, assim, possui eficácia *ex tunc*. 12. Em consequência disso, indefere-se o "habeas corpus", por não ser possível reconhecer, na espécie, a pretendida extinção da punibilidade do paciente, com base no dispositivo declarado inconstitucional." (STF, HC 77.734-SC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento 04-11-1998, Pleno, DJE de 10-08-2000)

⁷³ Art. 1º. Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada. (...) § 4º. As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.

considera lei nova. O erro de publicação do texto não lhe outorga força de lei, sendo que o erro material não forma lei, e nem poderia, porque o texto não foi discutido nem aprovado pelo Parlamento. É simplesmente inexistente como lei.

Assim, evidencia-se a possibilidade de aplicação do plano da existência, de forma excepcional, no plano da norma jurídica para atender a hipóteses extremas, decorrentes de erro quanto à publicação da lei.^{74 75}

3.1.2 VIGÊNCIA E VALIDADE

A lição de Miguel Reale esclarece que vigência é a executoriedade compulsória de uma regra por ter preenchido a ordem de competência do poder político e a legitimidade do órgão emanador da regra, ao passo que validade é a obrigatoriedade necessária de uma regra de direito.⁷⁶

Em relação ao termo vigência, constatamos a idéia de força, vigor, ou seja, a obrigatoriedade da norma⁷⁷.

Kelsen identifica validade com vigência da norma, referindo-se ambas à ordem do dever-ser, para poder realizar a distinção com a eficácia, que, por sua vez, pertence à

⁷⁴ No mesmo sentido: RMS 2.141-DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, DJU 19.01.54; AG 17.417-DF, Rel. Min. Nelson Hungria, DJU 21.09.55 e RE 201.026-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 06.09.96.

⁷⁵ Em sentido semelhante, o STF reconheceu a inexistência de lei que defina o conteúdo da locução “organização criminosa”, ocasionando a perda da eficácia de todos os dispositivos legais referentes às leis 9034/95 e 10.217/01, posto que não se pode aplicar a Convenção de Palermo em razão de ser afeta aos delitos transnacionais, sob pena de configuração de analogia *in malam partem*, bem como ofensa à *lex populi*, posto que somente a lei aprovada pelo Congresso Nacional pode definir crimes e penas no Brasil (STF, HC 96.007-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.11.2009)

⁷⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 108.

⁷⁷ Conforme os ensinamentos de Cretella Júnior: “Sendo cognato do verbo latino VIGERE, que significa ter vigor, ter força, o particípio vigente apresenta, etimologicamente o sentido de vigorante, que tem vigência, que vige, que vigora. Vigência, neste primeiro sentido, significa exatamente a quantidade de tempo durante o qual alguma coisa vigora” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Relação entre vigência e eficácia no direito positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1951.p 8).

ordem do ser, ou seja, da efetiva aplicação e observância de uma conduta estar conforme à norma.⁷⁸

Tércio Sampaio Ferraz Júnior analisa a validade da norma jurídica sob dois ângulos: sob o enfoque zetético (especulativo, informativo, investigativo), exige-se uma relação com a noção de valor, ou seja, a validade condicional da norma exige técnica retrospectiva, observando-se o meio (regra de competência) para se atingir determinados fins, ao passo que a validade finalística exige técnica prospectiva, preocupando-se com a consecução de fins conforme os meios prescritos; sob o ângulo dogmático (função diretiva explícita, viabilizadora de uma decisão e orientadora de uma ação) distinguimos dentro do ordenamento jurídico os modos como a validade se apresenta, ou seja, quando uma norma é reconhecida como válida para o ordenamento, quais os efeitos, a partir de qual momento produz efeitos.⁷⁹

Para a dogmática é necessário o cumprimento do processo de formação legislativa, isto é, sancionada⁸⁰ a norma, temos a lei válida; publicada a norma, temos a lei vigente. Vigência traduz a exigibilidade de um comportamento até o momento da revogação da norma. Durante a *vacatio legis*, a norma é válida, mas não é vigente. Desta forma, uma norma pode ser válida, sem ser vigente, ao passo que a norma vigente é sempre válida.

⁷⁸ Destacamos: “Com a palavra «vigência» designamos a existência específica de uma norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um acto normativo dizemos que, com o acto em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então consentida, permitida ou facultada. Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra «dever-ser» num sentido que abranja todas estas significações, podemos exprimir a vigência (validade) de uma norma dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita. Se designarmos a existência específica da norma como a sua «vigência», damos por esta forma expressão à maneira particular pela qual a norma – diferentemente do ser dos factos naturais – nos é dada ou se nos apresenta.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. edição. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p 28-29).

⁷⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 197-198.

⁸⁰ Interessante notar que a sanção constitui uma adesão do chefe do Poder Executivo ao projeto aprovado pelo Congresso, de forma que, enquanto ela não se manifesta, a lei não se encontra definitivamente formada. Ao passo que a promulgação visa a dar ciência a todos de que uma lei foi votada e aprovada pelo Congresso Nacional e demais autoridades que participaram no seu processo de formação, não sendo o caso de se analisar se o processo foi regular ou não, pois isso já ocorreu no momento da sanção. Cf. SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 209 e 233-234.

A vigência da norma se relaciona com a competência do órgão legislativo, observância dos procedimentos legais e constitucionais, ao passo que a validade se refere à relação de compatibilidade com as demais normas do ordenamento jurídico, em especial com os preceitos constitucionais.

3.1.3 EFICÁCIA

A origem do termo eficácia remonta à idéia de produção de efeitos, ou seja, revela-se de forma indissociável à possibilidade de produzir resultado.⁸¹

Miguel Reale esclarece que a eficácia tem caráter experimental, ligado ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ou seja, a eficácia equivale à validade social, relacionando-se com o efetivo cumprimento do direito pela sociedade.⁸²

Tércio Sampaio Ferraz Júnior explica que eficácia se refere ao campo da produção de efeitos mediante certos requisitos fáticos ou técnico-normativos. A norma socialmente eficaz encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos, de modo que exemplificativamente a previsão legal para a utilização de aparelho de proteção ao trabalhador ainda não desenvolvido pela indústria seria ineficaz. No que toca à dogmática, a norma é eficaz quando estão presentes certos requisitos técnicos de maneira que se associa com a aplicabilidade, isto é, com a aptidão mais ou menos extensa para produzir efeitos. Assim, a norma pode assumir graus de eficácia de acordo com a função eficaz: função de bloqueio, em que a norma visa impedir a ocorrência de comportamentos contrários a seu preceito; função de programa, no qual se busca a realização de objetivo a ser concretizado (caráter programático); função de resguardo, uma vez que aponta a realização de um comportamento.

⁸¹ Quanto ao substantivo latino *efficacia* (...) podemos notar que pertence à mesma família que *efficax*, *efficientia*, *efficere*, podemos descobrir facilmente nestes cognatos a raiz FAC, cuja idéia primitiva é a de fazer acionar, impulsionar. Eficácia, neste primeiro sentido, significa exatamente algo que se faz, que se realiza, que se executa; é força que produz algum efeito, algum resultado. (CRETILLA JÚNIOR, José. *Relação entre vigência e eficácia no direito positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1951.p. 9).

⁸² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 114.

Prossegue o autor afirmando que a concretização da norma pode ou não depender de outras normas ou pode admitir que uma futura norma lhe restrinja a eficácia. A eficácia é **plena** quando a função eficaz não necessita de outra norma, nem mesmo pode ser restringida; **limitada**, quando existe a necessidade de lei para a realização de sua função eficaz; **contida**, quando puder ser restringida, sendo plena enquanto não sobrevier a restrição.⁸³

Optamos por realizar a separação entre os termos eficácia e efetividade de modo a atribuir ao primeiro uma relação de instrumentalidade, reservando para o último a noção de resultado. A eficácia estaria restrita às condições de aplicação na lei, variando de acordo com a própria via eleita pelo legislador (proibitiva de condutas, programática ou estimuladora de atos), ao passo que a efetividade se associaria a um controle finalístico da lei, como o cumprimento pela sociedade.⁸⁴

Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que eficácia jurídica e eficácia social apresentam íntima vinculação, posto que a primeira a possibilidade da norma jurídica ser aplicada aos casos concretos, de acordo com a aptidão para a produção de efeitos; ao passo que a eficácia social engloba a decisão pela efetiva aplicação da norma e o resultado desta aplicação. Assim, ambas constituem aspectos do mesmo fenômeno, posto que a eficácia jurídica se encontra no plano do dever-ser, ao passo que a eficácia social na esfera do ser.⁸⁵

⁸³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003. p. 199.

⁸⁴ Quanto aos atos administrativos, Jose dos Santos Carvalho Filho traz interessante distinção entre eficiência, eficácia e efetividade: “A eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a idéia diz respeito, portanto, à conduta de seus agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido é instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos. O desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente, mas é possível que haja condutas administrativas produzidas com eficiência, embora não tenham eficácia ou efetividade. De outro prisma, pode a conduta não ser muito eficiente, mas, em face da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade. Até mesmo é possível admitir que condutas eficientes e eficazes acabem por não alcançar os resultados desejados; em consequência, serão despidas de efetividade” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 28)

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 247.

A eficácia da norma pode ser analisada sob diversos aspectos, mas a ênfase do presente trabalho é a possibilidade de se exigir em juízo uma pretensão fundamentada em norma constitucional programática.

Assim, podemos citar a classificação de Ana Paula de Barcellos⁸⁶ quanto às modalidades de eficácia jurídica: a) perfeitamente simétrica ou positiva, em que se cria um direito subjetivo para o beneficiário da norma⁸⁷; b) nulidade, como modo de impedir a produção de efeitos indesejados por comandos normativos⁸⁸; c) ineficácia, em que se possibilita ignorar a existência de atos praticados em desconformidade com a norma⁸⁹; d) anulabilidade, na qual ocorre o desfazimento das conseqüências do ato, de modo que ocorre o restabelecimento dos efeitos pretendidos pelo dispositivo⁹⁰; e) negativa, em que se autoriza a declaração de invalidade de normas ou atos que se oponham ao enunciado normativo⁹¹; f) vedativa do retrocesso, como a revogação de disposições ligadas a direitos fundamentais que estabelecem um vazio em seu lugar⁹²; g) penalidade, na qual se fixa uma

⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 77-113.

⁸⁷ Destacamos na Constituição da República: “Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.”

⁸⁸ De igual maneira: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período; (...) § 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III **implicará a nulidade do ato** e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.”

⁸⁹ Nesse sentido, o Código de Processo civil estabelece: “Art. 619. A alienação de bem aforado ou gravado por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto será ineficaz em relação ao senhorio direto, ou ao credor pignoratício, hipotecário, anticrético, ou usufrutuário, que não houver sido intimado.”

⁹⁰ Conforme estabelece o Código Civil: “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.”

⁹¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

⁹² Nesse sentido: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATRASO OCORRIDO EM VOO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o

pena ao agente que viola o comportamento normativo⁹³; h) interpretativa, que possibilita a interpretação de comandos normativos inferiores sejam interpretados de acordo com os mandamentos de ordem superior, por meio de métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico.

Todavia, concordamos com o posicionamento de José Carlos Vasconcellos dos Reis, em que a eficácia do ato jurídico consiste na realização do efeito jurídico por meio do qual se deve cumprir a própria realização do ato final. Eficácia se associa à dinâmica da modificação de uma situação, não se compatibilizando com a aptidão ou possibilidade de mudança, ou seja, a eficácia é a produção de efeitos típicos da norma.⁹⁴

Constatamos que os graus de eficácia da norma jurídica devem ser comparados à teoria do negócio jurídico, sempre tendo como referencial que a eficácia se relaciona com a efetiva exigência das disposições contidas na norma.

Podemos destacar a importância da eficácia na aplicação do direito no momento em que nos deparamos com o conflito de lei estadual e lei federal, no que toca à competência legislativa concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal, consoante disposição prevista no artigo 24, §4º, da Constituição da República, em que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário, sendo que os Estados gozam de competência plena, enquanto não existir lei federal sobre o tema. Ademais, não poderia uma norma federal revogar lei de outro ente da federação, sob pena de afronta ao sistema federativo.

Igualmente as disposições referentes à cobrança de tributo, em regra, somente operam efeitos em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício financeiro seguinte

transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido.” (STF, RE 351.750-RJ Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 17-03-2009, Primeira Turma, DJE de 24-09-2009).

⁹³ O Código de Processo Civil estabelece: “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...) § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.”

⁹⁴ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 78.

ao que a lei que os instituiu ou aumentou tenha sido publicada, bem como decorridos noventa dias da data da publicação da lei, nos termos do artigo 150, inciso III, alíneas “b” e “c”, da Constituição da República.

Da mesma forma, verifica-se o conflito aparente de normas em relação à edição de medida provisória quando já houver disposição legal sobre o tema. A medida provisória não tem o poder de revogar lei, mas se não forem convertidas em lei no prazo de 60 dias, prorrogáveis por igual período, o Congresso Nacional deve disciplinar as relações jurídicas, sendo que na ausência do decreto legislativo, as relações jurídicas de atos praticados durante a vigência da medida provisória serão conservados, caso em que teremos verdadeiro afastamento da eficácia legal pela medida provisória.

Podemos salientar a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo STF de forma incidental por resolução do Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da Constituição da República, que constitui outra forma de retirada da eficácia da lei, oportunidade em que a decisão ganha eficácia *erga omnes*.⁹⁵

3.2 NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

O papel inicial das normas programáticas foi relevante para a transição do Estado Liberal para o Estado Social, mas é importante ter presente em nossa análise que o direito é limitado, ou seja, não se pode ter a pretensão de normatizar o inalcançável. De outro lado, não se pode retirar toda a eficácia das normas programáticas com o argumento de que inexistindo lei regulamentadora, inexistente o direito.

O campo dos direitos humanos é o que possui maior defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. Essa defasagem é ainda mais intensa no âmbito dos direitos sociais. As normas que se referem a direitos sociais são chamadas de

⁹⁵ Interessante o julgamento do STF na reclamação 2256-RN, Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 11/09/03, DJ 30/04/04, em que houve o debate quanto à eficácia da medida cautelar atingir não somente a eficácia da lei, mas também a vigência, tanto no plano fático como no plano normativo, com a possibilidade de respristinação do direito anterior. Sedimentou-se que a jurisprudência do STF evidencia que a cautelar afeta o plano da vigência (artigo 11, § 2º, da Lei 9868/99), ocasião em que a suspensão da liminar da eficácia da lei ou ato normativo equivale à suspensão temporária de sua vigência.

programáticas, sendo que se indaga quanto à possibilidade de ordenar, proibir ou permitir deste tipo de comando normativo, posto que se referem única e exclusivamente a um direito no aspecto do futuro indefinido, sem prazo de carência claramente delimitado, dependente da vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o programa é meramente moral ou, no máximo, política.⁹⁶

De igual maneira, deve-se destacar que a rígida estrutura de se atribuir uma consequência ao fato jurídico não deve ser aplicada de forma irredutível no estudo das normas programáticas, posto que tal modalidade prescreve condutas progressivas e contínuas, exigindo uma nova postura do aplicador do direito quando se defronta com normas que possuem estrutura diversa de um direito subjetivo.

A compreensão das normas programáticas passa pelo entendimento inicial de ausência de conteúdo normativo, para em momento posterior, restringir-lhe a eficácia que somente será adquirida por meio de integração legislativa. O limite entre o Direito e a Política se revela tênue, pois a utilização de termos genéricos e imprecisos foi causa justificante do descumprimento do mandamento constitucional.⁹⁷

Nas normas programáticas, o legislador, ao invés de regular um objeto imediatamente, pré-estabelece um programa de ação, vinculando-se a não se afastar sem um motivo justificado. Com relação àquelas postas em uma Constituição do tipo rígido, as normas programáticas podem ser definidas como um programa de ação adotado pelo Estado endereçado aos órgãos legislativos, de direção política e administrativa, como instrução obrigatória. Em suma, um programa político encampado pelo ordenamento jurídico, provido de eficácia prevalente em relação às normas ordinárias, alheio às

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 92.

⁹⁷ Destacamos a lição de Paulo Bonavides: “As normas programáticas, às quais uns negam conteúdo normativo, enquanto outros preferem restringir-lhes a eficácia à legislação futura, constituem no Direito Constitucional contemporâneo o campo onde mais fluidas e incertas são as fronteiras do Direito com a Política. Vemos com frequência os publicistas invocarem tais disposições para confirmar a natureza política e ideológica do regime, o que aliás é correto, enquanto naturalmente tal invocação não abrigar uma segunda intenção, por vezes reiterada, de legitimar a inobservância de algumas determinações constitucionais. Tal acontece com enunciações diretivas formuladas em termos genéricos e abstratos, às quais comodamente se atribui a escusa da programaticidade como expediente fácil para justificar o descumprimento da vontade constitucional” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 245).

oscilações e variedades de critérios de partido e governo, sendo obrigatoriamente prefixado pela Constituição.⁹⁸

Canotilho apresentava posicionamento de ruptura com a doutrina clássica, quando afirmou a possibilidade de aplicação da norma constitucional programática pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, atestando existir normas que imponham uma tarefa ou um programa de concretização constitucional, mas que não pode ser considerado como exortação moral, promessas ou apelos ao legislador.⁹⁹

Inegável que após o período das grandes guerras, grande parte dos países ocidentais adotaram as normas programáticas como fator de estabilidade social no momento de elaboração de suas Constituições, de forma a estabelecer um programa de governo que possibilitasse a superação das dificuldades. O Estado assumiria a função de gestor incumbido de concretizar as políticas públicas estabelecidas pelo Constituinte.

As normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais que hoje encontramos na grande maioria dos textos constitucionais dos países europeus e latino-americanos definem metas e finalidades as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização. Essas “normas-programa” prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas; no entanto, elas não representam meras

⁹⁸ CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952. p. 103-104

⁹⁹ Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (Crisafulli). Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de norma careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes. Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: 1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); 2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como diretivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); 3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1176-1177).

recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem direito diretamente aplicável.¹⁰⁰

A delimitação das finalidades estatais sem a indicação dos meios a serem empregados na consecução de tais objetivos confere aos órgãos legislativo e executivo o encargo de fixar tal tarefa.¹⁰¹ Mas há normas programáticas que indicam um procedimento a ser seguido pelos órgãos políticos.¹⁰² Existem, igualmente, normas programáticas que exigem a implementação expressa por meio de lei.¹⁰³

Considerando a interpretação da norma programática, constata-se igualmente a preocupação com a omissão dos agentes políticos, sob pena de configuração de frustração das expectativas da coletividade em detrimento das disposições da Constituição da República.

3.2.1 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

O Estado Liberal concebe a Constituição como instrumento que fixa competências, regula procedimentos e define direitos e garantias fundamentais, com absoluta separação entre Estado e sociedade. Todavia, com o advento do Estado Social,

¹⁰⁰ KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: ano 36, n. 144, out./dez. 1999. p. 240.

¹⁰¹ Podemos destacar como exemplo o artigo 3º da Constituição da República como norma programática típica:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁰² Destacamos o artigo 196 da Constituição da República:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹⁰³ Encontramos o artigo 7º, inciso XX, da Constituição da República:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

houve a necessidade de se estabelecer programas e finalidades para o Estado e para a sociedade, com tendência de impor aos órgãos de direção política a execução das imposições constitucionais, rompendo com a rígida separação entre Estado e sociedade, com a constitucionalização de direitos econômicos e sociais.

O estudo realizado por José Joaquim Gomes Canotilho¹⁰⁴ salienta as principais dificuldades encontradas na transformação social decorrente da adoção de Constituições dirigentes, carregadas de programaticidade, em oposição ao modelo liberal. O papel do Estado assume função diretiva da sociedade, atraindo o direito para uma crise de política reguladora, diante do alargamento insustentável da normatividade constitucional para casos em que seria necessária a intermediação legislativa decorrente da aplicação imediata de todos os direitos e garantias fundamentais incluídos os direitos sociais¹⁰⁵.

As normas constitucionais programáticas configuram a base da política pública, posto que estabelecem linhas gerais de atuação para os órgãos de direção política. No entanto, diante da interdependência entre Estado e sociedade, constatamos o problema específico da efetividade das normas constitucionais, em razão da necessidade de concretização pela instância política.¹⁰⁶

A vinculação do legislador encontra legitimidade na questão da distribuição de bens e direção econômica, posto que a realização da ordem constitucional passa sem dúvida por órgão de direção política, em que o aspecto democrático da escolha dos representantes dos Poderes Legislativo e Executivo surge como fator de legitimação da ordem social realizada por meio da lei. Mas a reserva total da lei inicia o debate sobre o

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

¹⁰⁵ Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹⁰⁶ Nesse sentido: “As tarefas e fins do Estado inseridos no texto constitucional e os princípios constitucionais são propostas de legitimação material da Constituição de um país. A compreensão material da Constituição passa pela materialização dos fins e tarefas constitucionais. Se o Estado constitucional democrático não se identifica apenas com o Estado de Direito formal e quer legitimar-se como Estado Social, surge o problema da Constituição dirigente, que passa pela questão da legitimação além dos limites formais do Estado de Direito, baseando-se também na transformação social, na distribuição de renda e na direção pública do processo econômico. A Constituição deixa de ser apenas do Estado, para ser também da sociedade” (BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: ano 36, n. 142, abr./jun. 1999. p. 38).

problema da omissão legislativa, acarretando a perda da legitimidade dos referidos Poderes pela não execução do comando constitucional.

Importante destacar que o legislador atua com espaço de conformação, ou seja, a função legislativa não pode ser entendida como simples “função executiva” da Constituição. A norma constitucional confere uma margem de autonomia em relação à definição do direito social, sendo que deve corresponder a um sistema aberto para que a concretização possa ser feita de acordo com as opções da população, por meio de seus representantes livremente escolhidos que devem atender às possibilidades e ao modo de efetivação destes direitos.

O primeiro intérprete da Constituição é justamente o legislador que possui a autonomia de definição do direito social, sendo que o Judiciário não deve intervir em matéria reservada a outro ente, posto que não se pode admitir a substituição da conveniência e oportunidade legislativa pela judicial, salvo, de maneira excepcional, em casos de violação arbitrária.

A função da Constituição dirigente é a de indicar uma direção constante para os agentes políticos e também consagra a exigência de uma atuação estatal. A finalidade do Estado não pode se resumir à vontade do governo, sendo que as normas programáticas não bloqueiam a liberdade do legislador ou a atuação discricionária do governo, mas servem de fundamento para políticas públicas que não podem ser ignoradas.

Poucas mudanças doutrinárias foram tão comentadas na seara jurídica quanto a alteração de posicionamento feita por José Joaquim Gomes Canotilho¹⁰⁷, posto que inicialmente sustentou a tese de que as normas programáticas de direitos sociais seriam vinculantes ao legislador, que deveria criar leis que fixassem os encargos estatais referentes aos serviços públicos para atender ao comando constitucional, configurando verdadeiro dever constitucional imposto ao Estado apto a gerar transformações econômicas e sociais para a efetivação desses direitos, ou seja, os direitos sociais não configurariam

¹⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. In. “Brançosos” e interconstitucionalidade. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 101-129.

mero apelo ao legislador, sendo que a inércia estatal em relação à falta de criação de condições de implementação ensejaria a inconstitucionalidade por omissão.

As constituições dirigentes elevaram o Estado a gerenciador exclusivo da sociedade e elegeram o Direito em instrumento dessa direção. Assim, foram ignoradas outras formas de direção política que se utilizam da subsidiariedade e da auto-direção social, bem como formas diversas de delegação, razão pela qual o Estado e o Direito se arrastam para uma crise de política regulativa.

Há igualmente o problema da liberdade do legislador frente ao Estado democrático-constitucional, em que o sistema jurídico que fixa vinculações teleológicas não deixa qualquer remédio às omissões, silêncios ou inércias, acarretando grande contrariedade do ordenamento.

Canotilho optou pela adesão ao constitucionalismo reflexivo, em que a Constituição não pode assumir a função de oferecer um sistema que atenda a todas as demandas do corpo social, dada a complexidade crescente das relações sociais, deixando clara a adoção por um modelo regulador e subsidiário do Estado.

3.2.2 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SOCIAL E CRISE DE REFLEXIVIDADE

A Constituição deve evitar a sua conversão em lei do conjunto social, para que não perca sua força normativa, assim, em revisão ao posicionamento anterior, Canotilho afirma que a Constituição não possui função dirigente, mas apenas supervisora da sociedade.

As constituições dirigentes padeceriam de uma “crise de reflexividade”, ou seja, não mais conseguiriam gerar um conjunto unitário de respostas, dotado de racionalidade e coerência, às cada vez mais complexas demandas e exigências da sociedade. A eficácia das constituições é cada vez mais contestada, podendo fazer com que passem a ser consideradas meramente como “constituições simbólicas”. A Constituição, para

Canotilho, não tem mais capacidade para ser dirigente. Deve, assim, limitar-se a fixar a estrutura e parâmetros do Estado e estabelecer os princípios relevantes para a sociedade. Os sistemas jurídico e político, assim, não podem mais ter a pretensão de supremacia e universalidade sobre os outros sistemas sociais (como o econômico), ou seja, não podem mais pretender regulá-los de maneira eficaz.¹⁰⁸

Toda Constituição possui um núcleo de identidade, formado por normas e princípios que estruturam um ordenamento jurídico, aberto ao desenvolvimento constitucional. A articulação do núcleo de identidade com o desenvolvimento constitucional consubstancia a identidade reflexiva.

A crise de reflexão significa a impossibilidade de o sistema regulatório central desenvolver um conjunto unitário de respostas dotadas de racionalidade e coerência para o conjunto de demandas ou exigências originárias do sistema social que se torna, a cada dia, mais complexo.¹⁰⁹

A Constituição não deve ser um documento cristalizado de política, limitando-se ao estabelecimento de direitos e liberdades relativas à cidadania pessoal, econômica e política, insuscetível de submissão a maiorias parlamentares. Da mesma forma, não deve a Constituição definir as estruturas básicas da sociedade, nem se comprometer com situações particulares, sendo que não se subsumem neste último caso as denominadas “ilhas de particularismo” que visam proteger mulheres, velhos, crianças e trabalhadores.

Desta forma, o desafio do constitucionalismo reflexivo reside na substituição do dirigismo autoritário, porém ineficaz, por outras fórmulas que sejam adequadas às transformações sociais.

A lei dirigente cede lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo das mudanças aí está de novo nos “quatro contratos globais”. Referimo-nos ao contrato para as

¹⁰⁸ BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: ano 36, n. 142, abr./jun. 1999. p. 41.

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 123.

“necessidades globais” – remover as desigualdades, - o contrato cultural – tolerância e diálogo de culturas -, contrato democrático – democracia como governo global, e contrato do planeta terra – desenvolvimento sustentado. Se assim for, a Constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela constitucionalização da responsabilidade, isto é, pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e acção.¹¹⁰

A teoria do direito reflexivo constata que o Estado não tem capacidade de regular todos os aspectos da sociedade contemporânea, de forma que a sociedade busca reduzir sua complexidade por meio de sistemas para que não haja mais necessidade de normas gerais estatais. Acrescente-se que um sistema isolado não pode pretender dirigir todo o conjunto social, razão pela qual se verifica o insucesso das aspirações do Direito, da Política ou do Estado. Esta teoria se fundamenta em princípios da responsabilidade social e da consciência global como modalidade de reflexão sobre os efeitos sociais de suas decisões.¹¹¹ Por outro lado, tal doutrina não pode ser aplicada à conjuntura brasileira, uma vez que a questão social é marcada por efeitos nocivos do capitalismo, acarretando o empobrecimento, exclusão social e marginalização com alto grau de concentração de renda, de modo que o distanciamento entre o texto e o contexto demanda uma intensa carga de ações baseadas em direitos fundamentais.¹¹²

3.2.3 CRISE DE GOVERNABILIDADE E PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

De acordo com o princípio da subsidiariedade, o Estado não poderia ser agente de políticas públicas, devendo se limitar a fiscalizar e incentivar a iniciativa privada. O

¹¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. In. “Brançosos” e a interconstitucionalidade. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 128-129.

¹¹¹ BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: ano 36, n. 142, abr./jun. 1999. p. 41.

¹¹² DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 361.

postulado parte da noção de que os direitos individuais não podem ser mais concebidos no interesse único de seus titulares, mas devem ter, sobretudo, uma finalidade coletiva.

A questão da normatividade dos direitos econômicos e sociais não forneceu uma resposta satisfatória para a sociedade, levando-se em consideração da postura do Estado de bem-estar social, posto que a narrativa emancipatória não encontrou condições de desenvolvimento em todos os países que adotaram um catálogo de direitos de segunda geração, razão pela qual torna-se necessária a adoção de uma nova postura estatal que tenha o objetivo de proporcionar o estímulo de mudanças na sociedade. Reconhece-se a o incapacidade de distribuição de recursos para atender a crescente demanda social, com a finalidade de incitar a própria sociedade a realizar o desenvolvimento.¹¹³

Os direitos sociais, em que a efetivação se relaciona com a escassez de recursos referentes às políticas sociais, sendo a participação popular no orçamento público a via que alcança evidente legitimidade, porém, de inegável dificuldade de concretização prática. O ideal do orçamento participativo com divisão setorial da cidade para realização de reuniões com o objetivo de decidir a maneira pela qual será investida determinada parcela do orçamento público constitui solução para o *deficit* orçamentário e igualmente reduz a possibilidade de desvios funcionais.

O Estado Providência não é capaz de resolver os problemas atinentes à distribuição de recursos, devendo assumir a função de supervisionar e estimular

¹¹³ Destacamos: “As constituições do pós-guerra pretenderam dar uma resposta satisfatória ao problema da sociedade, ou se preferir, ao problema dos direitos econômicos sociais e culturais. O catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais parecia ser uma proposta normativa satisfatória da Constituição e dos Pactos Internacionais, quanto ao problema clássico da «pobreza» e da questão social. Mas, é aqui que com mais veemência, se denuncia a «trágica do estado». O Estado social é vítima, nuns países, do seu próprio sucesso. As constituições socialmente amigas sofrem as críticas amargas da «crise de governabilidade», do «flagelo do bem», do «fim da igualdade», da «bancarrota do Estado». Noutros países, que não resolveram ainda o problema do poder, confrontando-se com a *paradoxia* da necessidade de mais poder porque há pouco poder, países esses que estão longe de entrar nos limiares mínimos do Estado social, o catálogo generoso de direitos econômicos, sociais e culturais é apenas uma narrativa emancipatória ilusória ou uma seqüela de determinada leitura socialista dos direitos, hoje reconhecida e experimentalmente falhada. A «cidadania social» conquista-se não através da *estatalização da socialidade*, na esteira de Bismarck ou Beveridge, mas sim através da *civilização da política*. Já não é o Estado-Providência que tenta resolver os problemas ligados à distribuição dos recursos, é o *Estado-activo* tutelar ou supervisor, que tem, só ele, a responsabilidade pela produção de bens coletivos indispensáveis à sociedade, quando se trate de segurança de bens essenciais no seu núcleo básico. A estratégia é a do «Estado preceptor», que deve substituir as idéias rectoras da intervenção estatal por idéias estimuladoras da mudança numa sociedade hierárquica e contextualizada.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 122-123).

comportamentos, uma vez que somente pode desempenhar atribuições que se revelam indispensáveis à sociedade.

Assim, destaca-se o princípio da subsidiariedade em que o Estado não pode assumir competências das peculiaridades de unidades sociais inferiores, razão pela qual podemos afirmar a existência de um espaço para atuação da liberdade pessoal, consignada pela noção de auto-responsabilidade em que o indivíduo deve zelar pela manutenção própria.¹¹⁴

Não se busca o retorno à concepção liberal, mas estipular uma co-responsabilidade do próprio indivíduo na concretização de direitos sociais, em que se destaca a possibilidade de pagamento parcial na proporção da capacidade econômica de cada usuário do serviço público, evitando-se a total gratuidade como forma de utilização responsável de modo a evitar a banalização indiscriminada de serviços que possuem alto custo para o poder público.

3.3 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS, CONCEITOS NORMATIVOS, CONCEITOS DISCRICIONÁRIOS E CLÁUSULAS GERAIS

Importante destacar a classificação realizada por Karl Engisch¹¹⁵ que distingue os conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, conceitos discricionários e cláusulas gerais.

Os conceitos jurídicos indeterminados possuem conteúdo e extensão em larga medida incertos, razão pela qual nota-se a existência de um núcleo conceitual e um halo conceitual. Neste surgem dúvidas, naquele, uma noção clara do conteúdo. Podemos citar a expressão “dia” do artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República, para ilustrar a incerteza conceitual, posto que José Afonso da Silva assevera ser o período que se estende

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos sociais como direitos fundamentais*. In LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional*. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 212-253.

¹¹⁵ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 208-234.

das 6 às 18 horas¹¹⁶; Guilherme de Souza Nucci sustenta o período que medeia o alvorecer e o anoitecer¹¹⁷; e Alexandre de Moraes entende a aplicação conjunta de ambos os critérios para alcançar a finalidade constitucional de maior proteção ao domicílio durante a noite, resguardando-se a possibilidade de invasão domiciliar com autorização judicial, mesmo após as 18:00 horas, desde que não seja noite¹¹⁸. Note-se que a questão permanece no âmbito da esfera interpretativa.

Conceitos normativos contrapõem-se aos conceitos descritivos. Estes são perceptíveis pelos sentidos, ao passo que os normativos são conceitos que fazem referência a valores. São exemplos de conceitos descritivos “homem” e “morte”, no entanto coisa “alheia” consubstancia conceito normativo que significa que pertence a outra pessoa, não podendo deixar de se associar à propriedade.

Conceito discricionário foi interpretado pela doutrina clássica do ponto de vista daquele que exerce o poder discricionário, de modo que diante de duas possibilidades contrapostas entre si, mas igualmente conformes ao direito, a autoridade pode optar por quaisquer das alternativas, destacando-se tão somente a concepção pessoal do agente administrativo ou do judiciário, contrapondo-se à noção de vinculação. A convicção pessoal de quem seja chamado a decidir é elemento crucial para determinar qual das várias alternativas que se apresentam será havida como a melhor. Karl Engisch cita como exemplos de atos discricionários a fixação do montante da compensação do dano moral e graduação judicial da pena.

Cláusulas gerais consistem na formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico um domínio de casos. Na responsabilidade por culpa são admitidos dois sistemas de regulamentação legal, pode-se enumerar hipóteses de atos ilícitos ou cria-se uma hipótese legal unitária de ato ilícito. Mas deve ser salientado que o método casuístico e as cláusulas gerais não são incompatíveis entre si, podendo ser utilizados de forma complementar. A utilidade das cláusulas gerais

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 438.

¹¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 484.

¹¹⁸ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 17 edição. São Paulo: Atlas, 2005. p. 50.

reside na técnica legislativa, posto que em razão da generalidade é possível ajustar e sujeitar um grande número de situações para se evitar o vazio legislativo.

João Baptista Machado¹¹⁹ ressalta a necessidade de que o ordenamento jurídico apresente conceitos claros para que proporcione certeza e garantia jurídica. Todavia, não se pode esquecer das transformações sociais em que se faz relevante a adaptação à nova realidade. Assim, a ordem jurídica estabelece conceitos determinados para a parcela consolidada do conhecimento científico, e também se vale de conceitos indeterminados que correspondem aos elementos que devem se ajustar a lei para as mudanças sociais. Entre os primeiros, podemos destacar os conceitos de “credor”, “prescrição” e “coisa julgada”. No caso de conceitos indeterminados, pode-se elencar: “ordem pública”, “justa causa” e “boa-fé”.

A cláusula geral também se exprime por meio de conceitos indeterminados, mas, por influência de Karl Engisch, João Baptista Machado igualmente contrapõe a cláusula geral à regulamentação casuística ou tipificada. Desta forma, a característica básica da cláusula geral é a sua grande abertura que deixa indefinido os casos em que será aplicada. A norma de regulamentação casuística prescreve casos de forma típica, ou seja, estabelece conseqüências jurídicas para determinadas hipóteses legais, por outro lado, a cláusula geral não regula tipos, justamente em razão de não possuir conotação precisa. A regulamentação casuística não atende à complexidade das matérias que se pautam com as relações sociais sujeitas a mutação, bem como a regulamentação casuística pode não raro acarretar omissões.

Conforme ensina Cristina Queiroz existe uma abertura consistente em uma delegação em favor dos órgãos concretizadores da Constituição. As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados assumem dupla função, posto que em um primeiro momento conferem aderência do texto à realidade histórica, bem como transferem ao intérprete parte da valoração jurídica do legislador.¹²⁰

¹¹⁹ MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 113

¹²⁰ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade*. In SILVA, Virgílio Afonso da (Coord.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 165-216.

Os conceitos jurídicos indeterminados apresentam conteúdo vago e impreciso, sendo que causam problemas quanto à efetividade das normas constitucionais programáticas¹²¹. Mas, não podemos deixar de considerar que conferem maleabilidade ao ordenamento jurídico, possibilitando a adaptação da interpretação de acordo com o momento histórico, sendo que o controle judicial dos atos da administração exige a devida fundamentação para que possa permitir o correto alcance das possibilidades do Poder Público frente ao caso concreto, mediante a análise da motivação do ato administrativo, posto que um conceito não pode ser tomado de forma isolada, sendo necessária a avaliação da totalidade da situação.

3.3.1 NORMAS PROGRAMÁTICAS E DISCRICIONARIEDADE

O administrador não pode atuar somente nos limites da estrita legalidade, uma vez que a realidade proporciona ao aplicador do direito inúmeros casos que não encontram uma correlação normativa para solucionar o ineditismo da circunstância, razão pela qual o ordenamento confere margem de decisão ao caso concreto, segundo a conveniência e oportunidade do administrador público.

A atividade discricionária encontra plena justificativa na impossibilidade de o legislador catalogar todos os atos que a prática administrativa exige. O ideal seria que a lei regulamentasse minuciosamente a ação administrativa, modelando cada um dos atos a serem praticados pelo administrador; mas como isto não é possível, dadas a multiplicidade e diversidade dos fatos que pedem pronta solução ao Poder Público, o legislador somente regula a prática de alguns atos administrativos que reputa de maior relevância, deixando o cometimento dos demais ao prudente critério do administrador.¹²²

De igual modo salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa, deixando margem de liberdade ao

¹²¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas. Normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 201.

¹²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 121-122.

administrador para decidir o caso em concreto, de forma a optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o Direito.¹²³

Conforme leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto a discricionariedade é a possibilidade jurídica, outorgada pelo legislador ao administrador para integrar a definição do interesse público específico previsto numa norma legal. É a qualidade da competência cometida por lei à Administração para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessária para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução, necessária para atender a um interesse público específico.¹²⁴

Celso Antonio Bandeira de Mello, por sua vez, leciona que discricionariedade pode ser definida como margem de liberdade, dentro da lei, em que o administrador atua com a finalidade de integrar a norma jurídica com sua vontade, em razão das peculiaridades do caso concreto, a fim de satisfazer os objetivos consagrados no ordenamento jurídico.¹²⁵

Alexandre de Moraes esclarece que, em regra, é defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe examiná-lo pelo aspecto da legalidade e moralidade, ou seja, constatar a prática do ato conforme o ordenamento jurídico. A revisão judicial deve examinar a coerência lógica da decisão discricionária com os fatos, sendo proibida a arbitrariedade nos poderes públicos. A opção em relação aos atos discricionários deve recair na Administração Pública, não podendo o Judiciário invadir o campo de uma escolha legítima da Administração, mas ampliou-se a apreciação do mérito do ato administrativo discricionário com a teoria do desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes.¹²⁶

A discricionariedade pode ser sintetizada como a margem de liberdade concedida ao Administrador para escolher um comportamento perante o caso concreto,

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2007. p. 197.

¹²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade. 2ª edição. Rio de Janeiro, 1991. p. 22.

¹²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 414.

¹²⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2007. p. 120-126.

com o objetivo de se adotar a solução mais adequada para a consecução da finalidade legal. A atividade administrativa exige uma atuação funcional, ou seja, impõe o cumprimento de uma finalidade estabelecida pela lei, por meio de poderes que devem ser exercidos no interesse alheio.¹²⁷

A discricionariedade configura um modo de agir da Administração diante da impossibilidade da lei em prever a satisfação do interesse público. A esfera da legalidade se mostra insuficiente para alcançar, de forma antecipada, todas as circunstâncias que o Administrador se depara, razão pela qual a situação concreta exige uma solução em que o quadro legal se revelou estreito. A escolha da conveniência e oportunidade do Administrador exige uma análise do caso concreto para atendimento do interesse público.

No formato da discricionariedade administrativa com a finalidade de estabelecer antecipadamente os limites e objetivos, deve-se realizar uma interpretação aprofundada que tenha por escopo a investigação pelos fins da lei (interpretação teleológica), com a consequente apreciação para se pautar por critérios de conveniência e oportunidade dentre os interesses concorrentes entre as várias linhas de conduta para a solução do conflito. No espaço de liberdade, ou seja, nas margens de alternativas possíveis, a escolha a ser realizada deve obedecer ao critério da melhor adequação teleológica dos meios (fins imediatos) para realização da exigência superior do interesse público, mas seguindo um critério de valoração da racionalidade intencional, a autoridade administrativa realiza sua função mais importante, colocando-se no mesmo nível do Legislador quanto à valorar o que exige o interesse público no caso concreto.¹²⁸

¹²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2a edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p.

¹²⁸ Nesse sentido: “Nella figura della discrezionalità amministrativa (che si qualifica «pura»), precede, allo scopo di accertare preliminarmente limiti e direttive del potere discrezionale, una interpretazione anche di secondo grado, che si estende alla ricerca del fine della legge (interpretazione teleologica attinente al momento causale): ma ad essa segue un ulteriore apprezzamento, da condurre secondo criteri di convenienza e opportunità, così degli interessi concorrenti come delle varie linee di condotta possibili per la soluzione del loro conflitto. Nello spazio di libertà, cioè nel margine delle alternative possibili, la scelta fra queste è da fare secondo il criterio di razionalità teleologica della migliore idoneità dei mezzi (o fini immediati, costituiti dalle linee di condotta) a realizzare la superiore esigenza dell’interesse pubblico; ma, pure attraverso un apprezzamento di razionalità teleologica, la autorità amministrativa pone da sé la massima del proprio operare, collocandosi sul medesimo piano del legislatore nel valutare che cosa esiga l’interesse pubblico nella situazione data” (BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1971)

José Carlos Vasconcellos dos Reis ensina que as normas programáticas não proporcionam, em regra, direitos subjetivos aos indivíduos, todavia a previsão das normas programáticas exerce influência sobre a discricionariedade do Poder Público, diante da circunstância de que os atos administrativos devem atender às finalidades constitucionalmente estabelecidas, possibilitando o controle dos atos da Administração pelo Judiciário quanto à compatibilidade vertical da atuação administrativa, tendo como parâmetro o mandamento constitucional programático.¹²⁹

A estrutura da discricionariedade é semelhante ao conteúdo da norma programática, posto que a primeira exige do Administrador a consecução do interesse público previsto em lei, ao passo que as normas programáticas estabelecem uma finalidade a ser atingida sem precisar os meios necessários, exigindo a atuação dos poderes políticos para a concretização das disposições constitucionais.

O controle da discricionariedade ganhou relevo com o desenvolvimento da teoria do desvio de poder, que permitiu a sindicabilidade de atos administrativos, tendo como base o controle finalístico dos atos da administração.

O desvio de poder se verifica quando a autoridade pratica ato por motivos ou fins diversos daqueles constantes na lei ou exigidos pelo interesse público.¹³⁰ Há uma utilização indevida da competência do agente público que busca um resultado materialmente lícito em detrimento da finalidade legal ou ao interesse público. O Judiciário pode exercer o controle do ato administrativo quando existe o emprego impróprio da conveniência e oportunidade.

Celso Antonio Bandeira de Mello esclarece que o desvio de poder é o exercício de uma competência em desacordo com a finalidade que preside a instituição. O desvio de poder deriva de um móvel desonesto da conduta do agente que possui propósitos de vingança, perseguição, sentimentos pessoais, favoritismos, proteção de amigos ou proveito individual. Igualmente o desvio pode se caracterizar na ausência da finalidade pública com

¹²⁹ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 193.

¹³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 121-122.

uso da competência para fins diversos da finalidade esculpida na norma, por considerar que a medida incorretamente eleita produz melhores resultados para atingir o fim da norma. O agente proporciona uma verdadeira rebelião aos fins estabelecidos pelo legislador, posto que acredita que o juízo pessoal deve se sobrepor à lei, havendo uma substituição indevida da finalidade prevista na norma pelo objetivo estabelecido pelo agente que é considerado mais adequado ao caso concreto.¹³¹

Da mesma forma que se desenvolveu uma teoria para controle dos atos administrativos discricionários que se afastem da finalidade ligada ao interesse público, a implementação de políticas públicas com base em normas constitucionais programáticas exigem uma alternativa efetiva de controle, razão pela qual a discussão em juízo de ações que envolvem a delimitação das finalidades estatais exigem redobrado cuidado do interprete para a consecução dos objetivos traçados pela Constituição.

3.3.2 NORMAS PROGRAMÁTICAS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

A análise dos conceitos jurídicos indeterminados revela que o aplicador deve necessariamente fazer a complementação de expressões vagas e imprecisas que são empregadas com frequência nas normas jurídicas, deixando uma margem de liberdade ao Judiciário e à Administração no momento do preenchimento de dados da realidade.

Inicialmente, destaca-se a observação de Eros Roberto Grau em que salienta que os conceitos consolidam um compêndio de idéias que devem ser determinadas. A indeterminação não se relaciona ao conceito, mas ao termo que o expressa.

¹³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discricionariedade e controle judicial*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 56-70.

Os conceitos consubstanciam sumas de idéias que, para se realizarem como conceitos, hão de ser, no mínimo, determinadas. A mencionada “indeterminação” dos conceitos jurídicos, pois, não é deles, mas sim dos termos que os expressam, mercê da sua ambigüidade ou imprecisão.¹³²

Mas a expressão “conceito jurídico indeterminado” foi consagrada pela doutrina de vários países, como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e no Brasil, para designar vocábulos que não têm sentido objetivo e determinado.¹³³ Desta forma, constata-se a importância do estudo do tema em razão das normas programáticas veicularem grande quantidade de conceitos jurídicos indeterminados.

Nos conceitos jurídicos indeterminados, não há precisão quanto ao conteúdo e extensão, concedendo margem de liberdade ao administrador para o cumprimento da integração da norma de acordo com o caso concreto.

O exercício do poder discricionário difere substancialmente do conceito jurídico indeterminado pelo fato do primeiro não reduzir à concreção de um único resultado, mas a escolha de um diante de uma pluralidade de resultados possíveis em tese, sendo respeitados os limites da norma, não poderá haver discussão em juízo sobre a escolha adotada pela Administração, ao passo que os conceitos jurídicos indeterminados por exigirem atividade eminentemente interpretativa poderão ser impugnados pela via judicial.^{134 135}

¹³² GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 72

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2007. p. 97.

¹³⁴ COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Revista Justitia, São Paulo: ano 51, n. 145, jan./mar. 1989. p. 40.

¹³⁵ Há entendimento em sentido diverso no sentido de que a discricionariedade pode atribuir uma margem de escolha muito menor do que em certos conceitos indeterminados, sendo que casos complexos podem conferir expressiva liberdade de atuação diante de conceitos indeterminados, inexistindo uma rigorosa separação entre hipótese e mandamento da norma, razão pela qual sustenta que o legislador habilita a Administração para realizar o complemento ou aperfeiçoamento de uma hipótese normativa incompleta diante do caso concreto. (KRELL, Adreas J. *Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial*. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 8, dez. 2004. P. 192-193).

Assim, em sede de conceitos jurídicos indeterminados, necessária a interpretação e aplicação da lei, sendo perfeitamente possível o questionamento em juízo para identificação da consecução da justiça da única solução possível de ser adotada, permanecendo a vontade do aplicador do direito em segundo plano. Ao passo que a discricionariedade não permite o mesmo nível de controle, diante da apresentação de um conjunto de soluções para o caso concreto em que a escolha passa por um juízo de conveniência e oportunidade, que envolve, em regra, um juízo de valor.

3.4 CONCLUSÃO

O controle judicial da discricionariedade é medida excepcional, todavia, constatamos a insuficiência de meios de controle da omissão do Poder Público quanto às finalidades instituídas em normas programáticas, uma vez que a teoria do desvio de poder não revela adequada possibilidade de impedir o abuso decorrente de uma omissão. A aplicação direta das normas constitucionais programáticas possibilitaria uma via de correção, mas apresenta a desvantagem decorrente da insegurança jurídica, não observância da isonomia e não atendimento à lei orçamentária.

A transferência do conceito de discricionariedade para o âmbito constitucional poderia atingir o campo da vinculação do legislador, posto que encontramos semelhanças de modo a comparar a legislação como forma de execução da Constituição, permitindo aos tribunais a fiscalização da compatibilidade formal e material dos atos legislativos, de modo que a existência de uma norma programática acarreta a restrição da liberdade de conformação do legislador.

As normas programáticas exercem influência direta na discricionariedade do Poder Público, diante da necessária conformação às disposições constitucionais, sendo que atuam de forma a servir de guia ao administrador, reduzindo a margem de decisão, podendo ser fonte para a solução da crise de inefetividade derivada da omissão dos agentes públicos.

Não há a criação de direitos subjetivos com a aplicação de uma norma constitucional programática, posto que necessária a intervenção do poder discricionário da Administração como fator de intermediação para a consecução da finalidade constitucional, mas existe um interesse tutelável para o cidadão que permite o controle da prestação do serviço público de forma eficaz e satisfatória¹³⁶.

Ensina Daniel Sarmiento que o conceito clássico de mérito do ato administrativo, utilizado como zona de discricionariedade insindicável para atuação dos governantes, relativiza-se pelo reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais, sendo que não se pode afirmar que os direitos sociais são imunes ao controle judicial.¹³⁷ Os direitos sociais são autênticos direitos e devem ser garantidos judicialmente, como forma de se evitar a omissão injustificada das autoridades competentes.

O Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos para restringir arbitrariedades.¹³⁸ No julgamento, deixou-se claro que a discricionariedade não é consequência da utilização, nos textos normativos, de “conceitos indeterminados”. Somente existe efetivamente discricionariedade quando expressamente

¹³⁶ Nesse sentido: “Embora, em regra, as normas programáticas não gerem direitos subjetivos, em sua acepção mais pura, a sua positivação na Constituição tem direta influência sobre a discricionariedade do Poder Público, haja vista que todos os seus atos devem conformar-se à finalidades constitucionalmente traçadas. As normas programáticas, além de consagrarem certos interesses públicos, geram situações jurídicas subjetivas para o Estado e os cidadãos; por isso, ampliam a possibilidade de controle jurisdicional dos atos discricionários, ao tornar o político, econômico ou social também jurídico.” (REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 199).

¹³⁷ SARMENTO, Daniel. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 580.

¹³⁸ Consoante voto proferido pelo Ministro Eros Grau: “A doutrina moderna tem convergido no entendimento de que é necessária e salutar a ampliação da área de atuação do Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades – em regra praticadas sob o escudo da assim chamada discricionariedade –, quanto para conferir-se plena aplicação ao preceito constitucional segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ao ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CB/88). (...) De mais a mais, como tenho observado, a discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta a doutrina mais antiga, não é consequência da utilização de “conceitos indeterminados”. Só há efetivamente discricionariedade quando expressamente atribuída, pela norma jurídica válida, à autoridade administrativa, essa margem de decisão à margem da lei. Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar discricionariamente apenas, única e exclusivamente, quando a norma jurídica válida e expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Insisto em que a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas dos vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas, comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito.” (STF - RMS 24699-DF Rel. Min. Eros Roberto Grau, julgamento em 30-11-2004, 1ª Turma, DJ 01-07-2005)

atribuída, pela norma jurídica, à autoridade administrativa, margem de decisão. A autoridade administrativa está autorizada a atuar discricionariamente apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Discricionariedade não pode ser confundida com interpretação do direito, em que o intérprete aplica a norma ao caso diante de circunstâncias ambíguas e equívocas que podem receber diversas especificações.

Na interpretação de textos normativos que contenham “conceitos indeterminados”, em que houve a atuação da Administração, o Judiciário deve intervir de forma excepcional, em seara de políticas públicas, para implementar os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição de República.¹³⁹

As políticas públicas revelam o caminho para a efetivação de direitos sociais prestacionais, sendo que não se pode haver o mero reconhecer formal de um direito fundamental, desacompanhado de instrumentos adequados para sua efetivação, razão pela qual não pode ser concebida a idéia de direito fundamental social desprovido de controle.

¹³⁹ Nesse sentido: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. (...) - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - **Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.** A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina” (RE-AgR 410.715/SP - Rel. Min. Celso de Mello – 2ª Turma – j. 22/11/2005; DJ 03/02/2006). No mesmo sentido: “CONSTITUCIONAL. ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA. I. - Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua **não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário.** II. - Agravo não provido.” (RE-AgR 463210 – Rel. Carlos Velloso – 2ª Turma – j. 06/12/2005; DJ 03/02/2006)

A regular interpretação da inafastabilidade do controle jurisdicional leva a conclusão de que não somente atos comissivos são sindicáveis, sendo, portanto, viável a postura de questionamento dos atos omissivos do Poder Executivo e Legislativo pelo Judiciário em sede de direitos fundamentais.

O controle jurisdicional dos atos discricionários migrou da vedação absoluta da análise do mérito do ato administrativo para a possibilidade de verificação da compatibilidade do ato com o ordenamento jurídico, posto que não pode a discricionariedade servir de escudo para o cometimento de arbitrariedades sob a forma de omissão.

As normas constitucionais programáticas constituem parâmetro para fiscalização das políticas públicas de forma a possibilitar o efetivo controle do serviço público de modo a diminuir o campo da discricionariedade do Administrador.

4

TUTELA JURISDICIONAL

O limite para o Poder Judiciário atuar no campo da política pública envolve a difícil missão de se estabelecer balizas para a função jurisdicional, em sede de normas programáticas, em que se faz necessária a intervenção do Legislativo e Executivo para atuação estratégica de necessidades ilimitadas com recursos limitados, de modo que a tarefa se torna ainda mais penosa.¹⁴⁰

4.1. INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS

O Estado reservou o exercício da função jurisdicional para si, atuando na solução de conflitos sociais, aplicando a norma jurídica ao caso concreto. Por meio da ação se provoca a jurisdição que é exercida através do processo¹⁴¹. O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República assegura a todos o acesso à tutela de um direito de forma preventiva ou reparatória, que configura verdadeiro direito público subjetivo exercitável até mesmo contra o próprio Estado.¹⁴²

¹⁴⁰ Nesse sentido Pontes de Miranda já ressaltou que: “O problema técnico de aviventar os marcos entre o domínio judiciário e os dos outros Poderes, executivo e legislativo, é árduo. Tanto mais árduo quanto se sabe que é preciso pô-lo em termos decisivos e nítidos: exercer o Poder judiciário toda a sua competência – quer dizer: deixar, por timidez, por escrúpulo, por temor da opinião pública do momento, ou da tendência maior da imprensa, de apreciar e julgar onde os princípios da estrutura americano-brasileira lhe permitem que aprecie e julgue: e não exercer a função de julgar onde não está a linha da sua competência. Não ir além, porém não se abster de ir até onde pode e, pois, deve. A mesma circunspeção que lhe aconselha parar onde se usurparia função de outro poder, ou se criticaria o que só do outro poder depende, tornar-se mal quando induz à abstinência, à renúncia, à cômoda inércia e à pusilanimidade, que é crime. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* – Tomo I, Rio de Janeiro: Editora Guanabara, Waissman, Koogan, 1936. p. 620)

¹⁴¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 249.

¹⁴² Destacamos a lição de Nelson Nery Júnior: “Assim, podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação. A realização de um direito subjetivo é alcançada quando se consegue o objeto desse mesmo direito. Como o objeto do direito subjetivo de ação é a obtenção da tutela jurisdicional do Estado, deve entender-se por realizado o direito subjetivo de ação assim que pronunciada a sentença, favorável ou não ao autor”. (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 99).

De igual maneira o artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor deixa claro que são admissíveis todas as espécies de ações para propiciar uma tutela adequada e efetiva para a defesa de interesses individuais, difusos e coletivos.¹⁴³

Rui Barbosa já indicou que todo direito assegurado em lei goza de proteção dos tribunais em face de arbítrio praticado pelo Executivo, ainda que no exercício aparente de atuação circunstanciada aos atos inerentes à sua prerrogativa. Os atos políticos emanados do Congresso ou da Administração revelam uma exceção à competência do Judiciário, desde que não acarrete lesão a direitos constitucionais do indivíduo, posto que a violação às garantias individuais, encoberta pela atuação política, não pode ficar imune à ação dos tribunais.¹⁴⁴

Apenas poderíamos acrescentar que a introdução de direitos sociais prestacionais no campo dos direitos fundamentais exige igualmente a atuação do Judiciário em face de omissão injustificada do Poder Público, decorrente da ausência de política pública decorrente de norma constitucional programática.

A jurisprudência dos Tribunais inicialmente negava a possibilidade de questionamento do mérito do ato administrativo¹⁴⁵ ou a atribuição de efeitos às normas

¹⁴³ Destacamos a lição de Kazuo Watanabe: “Não se trata de mera enunciação de um princípio vazio e inócuo, de um programa a ser posto em prática por meio de outras normas legais. Cuida-se, ao revés, de norma auto-aplicável, no sentido de que dele se podem extrair desde logo várias conseqüências. A primeira delas, certamente, é a realização processual dos direitos na exata conformidade do clássico princípio chiovendiano, segundo o qual “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir”. A segunda, que é consectária da anterior, é a da interpretação do sistema processual pátrio de modo a dele retirar a conclusão de que nele existe, sempre, uma ação capaz de propiciar, pela adequação de seu provimento, a tutela efetiva e completa de todos os direitos dos consumidores. Uma outra conseqüência importante é o encorajamento da linha doutrinária, que vem se empenhando no sentido da mudança da visão do mundo, fundamentalmente economicística, impregnada no sistema processual pátrio, que procura privilegiar o “ter” mais que o “ser”, fazendo com que todos os direitos, inclusive os não-patrimoniais, principalmente os pertinentes à vida, à saúde, à integridade física e mental e à personalidade (imagem, intimidade, honra etc), tenham uma tutela processual mais efetiva e adequada” (Watanabe, Kazuo *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 7ª edição. São Paulo: Forense Universitária, 2001. p. 765).

¹⁴⁴ Conforme BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2ª edição. Campinas: Russell. 2004. p. 116-119.

¹⁴⁵ Confira o teor dos julgados: “RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. No âmbito do processo administrativo disciplinar, ocorre ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório na criação de obstáculos ao acusado ou a seu representante legalmente constituído a fim de lhes negar o acesso aos autos, à apresentação de contestação, à produção de contraprovas, ou, ainda, à presença nos atos instrutórios. 2. O processo administrativo

programáticas¹⁴⁶, adotando-se uma interpretação auto-restritiva em obediência à separação de poderes e a impossibilidade de substituição da vontade do órgão político.

disciplinar transcorreu, porém, na espécie, em estrita obediência aos preceitos contidos no art. 5º, LV, da Constituição Federal, com a comissão processante franqueando ao acusado todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. 3. Ao Poder Judiciário compete apenas o controle da legalidade do ato administrativo, ficando impossibilitado de adentrar na análise do mérito do ato, sob pena de usurpar a função administrativa, precipuamente destinada ao Executivo. 4. Recurso a que nega provimento” (STJ, RMS 15.959 – MT Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgamento em 07-03-2006, Sexta Turma, DJ 10-04-2006).

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos. 2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais etc). O Judiciário não pode, sob argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias previas e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente” (STJ, REsp 169.876/SP Rel. Min. José Delgado, julgamento em 16-06-1998, 1ª Turma, DJ 21-09-1998).

“RECURSO ESPECIAL - ATO ADMINISTRATIVO - MERITO - A tripartição dos poderes enseja a cada um decidir, no âmbito do discricionário, a oportunidade e conveniência. O mérito do ato é definido, no caso dos autos, pelo executivo. Ao judiciário é vedado substituir o administrador. O exame da legalidade, além do aspecto formal, compreende também a análise dos fatos levados em conta pelo executivo. Inadequado, porém, simplesmente, alterar a opção daquele poder” (STJ, REsp 4.526 – SP Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, julgamento em 05-09-1990, Segunda Turma, DJ 01-10-1990).

¹⁴⁶ Apontamos os seguintes julgados: “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA OBRIGAR O GOVERNO GOIANO A CONSTRUIR UM CENTRO DE RECUPERAÇÃO E TRIAGEM. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. I - O Ministério Público do Estado de Goiás, com base nas Constituições Federal e Estadual e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ajuizou ação civil pública para compelir o Governo Estadual a construir um centro de recuperação e triagem, em face de prioridade genericamente estabelecida. O TJGO, em apelação, decretou a carência da ação por impossibilidade jurídica. II - **A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do Estado de Goiás são "dirigentes" e "programáticas" têm, no particular, preceitos impositivos para o legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as "tarefas" e "programas" pré-estabelecidos) e para o judiciário ("atualização constitucional"). Mas, no caso dos autos as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do executivo de construir, no momento, o centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do poder judiciário no executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada.** III - Recurso especial não conhecido. Decisão recorrida mantida” (STJ, REsp 63.128-GO Rel. Min. Adhemar Maciel, julgamento em 11-03-1996, Sexta Turma, DJ 20-05-1996).

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. Direito líquido e certo, para efeito de concessão de segurança, e aquele reconhecível de plano e decorrente de lei expressa ou de preceito constitucional, que atribua, ao impetrante, um direito subjetivo próprio. Normas constitucionais meramente **programáticas** - *ad exemplum*, o direito a saúde - protegem um interesse geral, todavia, não conferem, aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir sua satisfação - pela via do *mandamus* - eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o *munus* de completá-las através da legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não tem força suficiente para desenvolver-se integralmente, "ou não dispõem de eficácia plena", posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe "todos tem direito e o Estado o dever" - dever de saúde - como afiançam os constitucionalistas, "na

A Ação Popular foi o primeiro instrumento que permitiu ao Judiciário a apreciação do mérito do ato administrativo, sendo que a Constituição da República de 1988 ampliou o objeto do ato investigado para incluir, além do aspecto de legalidade, a análise da moralidade¹⁴⁷, gerando verdadeiro direito público subjetivo a uma administração honesta.¹⁴⁸

As previsões de combate à imoralidade administrativa decorrentes da edição da Lei de Ação Popular e da Lei de Improbidade demonstraram a necessidade de interpretação e análise dos atos governamentais de acordo com os princípios da probidade administrativa, de modo que o método silogístico de aplicação da lei se revelou insuficiente para o exame da compatibilidade dos atos administrativos em consonância com as disposições constitucionais e legais.

Todavia, as sanções para invalidar o ato impugnado, condenação dos responsáveis em perdas e danos, perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, imposição de multa e proibição de contratação com o Poder Público são medidas salutares que possuem o condão de impor ao administrador o dever de manter uma conduta proba e honesta. Mas, o administrado se mostra carente de uma via de controle que lhe possa fornecer o cumprimento específico de uma política pública.

O Estado Social cria metas e impõe a fixação de programas que constituem finalidades a serem perseguidas por todos os Poderes Públicos, razão pela qual o Estado

realidade todos não tem direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o estado devedor não se fundamenta em *vinculum juris* gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo publico, oponível ao estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes". No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas. Recurso a que se nega provimento. Decisão indiscrepante" (STJ, RMS 6.564-RS Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgamento em 23-05-1996, Primeira Turma, DJ 17-06-1996).

¹⁴⁷ Conforme SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999. p 463-464.

¹⁴⁸ Conforme entendimento de Hely Lopes Meirelles: "Em última análise, a finalidade da ação popular é a obtenção da correção nos atos administrativos ou nas atividades delegadas ou subvencionadas pelo Poder Público. Se, antes, só competia aos órgãos estatais superiores controlar a atividade governamental, hoje, pela ação popular, cabe, também ao povo intervir na Administração, para invalidar os atos que lesarem o patrimônio econômico, administrativo, artístico, ambiental ou histórico da comunidade. Reconhece-se, assim, que todo cidadão tem direito subjetivo ao governo honesto" (MEIRELLES, Hely Lopes *at al. Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 178)

deve observar o comando constitucional para implementação de políticas públicas. Assim, a política estatal é realizada pela edição de normas legais, atos administrativos e por decisões judiciais.

O mecanismo mais apropriado para a proteção jurisdicional de políticas públicas é a tutela coletiva, posto que a melhoria na prestação do serviço público deve ser realizada de forma difusa ou coletiva, posto que a ação individual não conseguiria atingir integralmente todos as pessoas que necessitam da adequada intervenção estatal.

Muito embora o direito de ação seja genérico e abstrato, o legislador ordinário pode estabelecer condições ao seu exercício (possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade *ad causam*), sendo que a imposição de restrições à obtenção da tutela jurisdicional são medidas consideradas legítimas ao exercício do direito de ação.¹⁴⁹

Assim, além das condições da ação previstas no Código de Processo Civil, o legislador estabelece algumas vedações como a fixação de prazo para ajuizamento de remédios constitucionais, a prévia oitiva do representante da Fazenda Pública antes da apreciação da liminar pelo magistrado ou até mesmo a restrição quanto ao cabimento de liminares contra o Poder Público.

4.2 A EVOLUÇÃO DAS LIMINARES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

O regime especial de execução de quantia certa de precatórios contra a Fazenda Pública exige o trânsito em julgado da sentença condenatória, razão pela qual o legislador estabeleceu procedimento próprio previsto nos artigos 730 e 731, ambos do Código de Processo Civil.

¹⁴⁹ Destacamos: “O fato de a Constituição Federal reconhecer a todas as pessoas o direito a obter uma tutela judicial efetiva por parte dos juízes ou Tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimas são as desobriga ao cumprimento às condições da ação e dos pressupostos processuais legalmente estabelecidos. Dessa forma, essas previsões não encontram qualquer incompatibilidade com a norma constitucional, uma vez que se trata de requisitos objetivos e genéricos, que não limitam o acesso à Justiça, mas sim regulamentam-no” (MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. Teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2011. p. 218).

Assim, poder-se-ia argumentar que diante de previsão especial, não se poderia pleitear antecipação de tutela contra o poder público para entrega de coisa ou obrigação de fazer ou não-fazer, diante da inexistência de regramento estabelecido em lei.

Com a promulgação da lei 4.348/64, que estabelecia normas processuais em mandado de segurança, proibia-se a concessão de liminar em relação à reclassificação e equiparação de servidores públicos ou concessão de aumento ou extensão de vantagens¹⁵⁰, bem como da lei 5.021/66, que dispunha sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias ao servidor público em sentenças concessivas de mandado de segurança, igualmente proibia-se a concessão de medida liminar¹⁵¹, razão pela qual a exceção prevista em tais dispositivos confirmava a regra da possibilidade de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

Importante lembrar que o ordenamento jurídico, até a edição da lei 8.952/94, apenas previa a tutela satisfativa em procedimentos especiais, como as ações possessórias, ações de alimentos e o mandado de segurança. Assim, a jurisprudência criou a figura da cautelar satisfativa para atender às situações de urgência, sendo digno de nota o quadro decorrente do bloqueio econômico realizado pelo plano Collor, ocasião em que a criatividade dos advogados possibilitou a utilização de cautelares, permitindo o deslocamento do processo para a seara cautelar para se beneficiar da concessão de liminar.¹⁵²

¹⁵⁰ Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

¹⁵¹ Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

(...)

§ 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

¹⁵² Destacamos: “Logo depois de tomar posse no cargo, o ex-presidente Fernando Collor editou a Medida Provisória n. 168, de 15-3-1990, que viria a converter-se na Lei n. 8.024, de 12-4-1990. O objetivo básico (não alcançado) do chamado “Plano Collor” era dominar a inflação, que naquela época atingia no Brasil índices alarmantes. Uma das providências principais adotadas por esse propósito (art. 5º) constituiu em bloquear temporariamente os chamados “ativos financeiros”, inclusive depósitos bancários em conta-corrente, os quais só poderiam ser levantados de imediato pelos titulares até o limite de 50.000 cruzados novos (assim denominava, então, a unidade monetária, a ser substituída pelo cruzeiro). Quanto aos saldos dos

Não foi a primeira vez que se ampliou o campo de incidência de um instituto processual, pois verificamos o mesmo fenômeno com a “doutrina brasileira do habeas corpus”, que não se limitava à liberdade de locomoção, cobrindo toda gama de direitos fundamentais, civis e políticos. A primeira Constituição da República não fez qualquer menção à liberdade de locomoção, apenas consagrou a fórmula de que: “*Dar-se-á o habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder*”.¹⁵³

O STF se manifestou quando à possibilidade de se instituir vedações legais à concessão de liminares contra o Poder Público no julgamento da ADI 223-6, oportunidade em que prevaleceu o entendimento de que a solução se encontraria no sistema difuso de controle de constitucionalidade, posto que nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa o exame da constitucionalidade da lei.¹⁵⁴

Neste cenário, adveio a lei 8437/92 que novamente estabelecia uma proibição à concessão de cautelares satisfativas contra o Poder Público.¹⁵⁵ Todavia, com a redação do artigo 273, do Código de Processo Civil, dada pela lei 8.952/94, fez-se necessária

depósitos, o art. 5º, §1º, previa a respectiva conversão em cruzeiros e a consequente liberação, em doze parcelas mensais, a partir de setembro de 1991; nesse ínterim, ficavam os correntistas impedidos de dispor do numerário. (...) A solução jurisprudencial foi expediente a que se teve de recorrer para suprir a falta de remédio legal adequado ao problema. Decididamente não havia, no ordenamento processual brasileiro, regra expressa capaz de socorrer os interessados no levantamento de depósitos bloqueados: consoante se registrou, o Código de 1973 mantivera-se jungido, em princípio, à concepção da cautelar como providência acessória, meramente instrumental em relação à esperada decisão satisfativa. A rigor, não se reservara espaço, no seu sistema, para “cautelares satisfativas” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 7ª série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 31-36).

¹⁵³ SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular. As garantias ativas dos direitos coletivos*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 93-95.

¹⁵⁴ Destacamos: “Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva.” Voto ministro Sepúlveda Pertence. (STF – ADI 223-DF Rel. Min. Paulo Brossard. Rel. para Acórdão Min. Sepúlveda Pertence. j. 05/04/1990. DJ 29/06/90. Tribunal Pleno).

¹⁵⁵ Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

igualmente a restrição de tutela antecipada contra o Poder Público, o que efetivamente ocorreu com a edição da lei 9.494/97.¹⁵⁶

Diante deste quadro, verificamos que, apesar da inexistência de um procedimento específico para as ações derivadas de obrigação de fazer, não-fazer e dar contra o Poder Público, admite-se a utilização do regramento previsto no Código de Processo Civil referente à tutela específica.

A dificuldade da aplicação da tutela específica reside nos meios de coerção ao Poder Público quanto ao cumprimento das decisões judiciais, posto que não possuímos um meio adequado a proporcionar a efetividade do julgado. Ada Pellegrini Grinover apresenta um elenco de sanções para o descumprimento da ordem judicial: a) imposição de multa diária, a qual se revela imprópria como meio de coerção por recair sobre o patrimônio público, de modo que deve ser observado que os efeitos proporcionados por uma multa direcionada ao âmbito particular são completamente diferentes dos efeitos proporcionados ao âmbito público, diante da situação da oneração do erário público; b) responsabilização por ato de improbidade administrativa, por violação aos princípios da Administração Pública, consistente no retardamento ou omissão quanto à prática de ato de ofício; c) intervenção no Estado ou Município, por descumprimento de decisão judicial como forma de correção da irregularidade em tela, nos termos do artigo 34, VI e artigo 35, IV, ambos da Constituição da República; d) caracterização de crime de desobediência ou crime de responsabilidade, sendo que quanto à primeira figura encontramos a dificuldade da respectiva caracterização em razão de não ser o agente público um particular que atua contra a Administração em geral, excepcionando-se a hipótese específica do descumprimento de ordem emitida em mandado de segurança, caso em que existe previsão de crime de desobediência para a conduta de não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, consoante artigo 26 da Lei 12016/09; quanto ao crime de responsabilidade, temos as regras contidas na Lei 1079/50 e o Decreto-lei 201/67.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

¹⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. GRINOVER, Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 140-143.

Então, temos que as técnicas de coerção referentes à imposição de multa, responsabilização por ato de improbidade administrativa e crimes de responsabilidade e desobediência não atendem à execução específica da ordem judicial, restando a hipótese da intervenção no Estado ou Município como medida mais eficaz à implementação efetiva da ordem judicial.

4.3 FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO

A concepção de Estado Liberal, em que a função de guardião da ordem pública se limita ao papel de fixação de normas negativas de acordo com o brocardo *neminem leadere*, oferece uma noção clara e precisa de que a finalidade do Direito é impedir que os membros da sociedade possam fazer mal uns aos outros. Mas, com a transformação da sociedade que originou o Estado Social, a teoria geral do direito, baseada em conceitos de proteção dos atos lícitos e repressão aos atos ilícitos, se tornou insatisfatória para a perseguição de novas finalidades estatais.

Norberto Bobbio destacou que o Estado contemporâneo adota a forma de função promocional, de modo a abandonar a imagem de ordenamento protetor-repressivo. O ordenamento protetivo-repressivo busca comportamentos socialmente indesejados com a finalidade de impedir a sua prática, enquanto que ao ordenamento promocional interessam os comportamentos socialmente desejáveis. Com a mesma estrutura, o ordenamento repressivo impede uma ação, tornando-a impossível, difícil ou desvantajosa, ao passo que o ordenamento promocional busca tornar a ação desejada necessária, útil e vantajosa.¹⁵⁸

Desta forma, o formalismo jurídico decorrente da aplicação da subsunção do fato à norma, originária do jus-positivismo, que concebe o sistema jurídico com absoluta prevalência da forma, em razão da aplicação silogística do direito, reduzindo o campo de atuação do aplicador, impede a utilização de conceitos valorativos, sendo extremamente rarefeita a extração de efeitos de normas programáticas, conceitos jurídicos indeterminados

¹⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 14-

e cláusulas gerais, posto que exigem do intérprete uma atenção quanto aos elementos subjacentes aos conflitos que deve dirimir.

Diante deste cenário, o Código Civil se afastou igualmente dos princípios do liberalismo (patrimonialismo e individualismo), adotando critérios de eticidade, em que o ordenamento jurídico se transforma em sistema aberto e poroso, por meio das cláusulas gerais, em que os valores da sociedade possam penetrar no direito privado para solucionar problemas inexistentes quando da edição do Código Civil; socialidade, como limite ao exercício de direitos subjetivos, em razão da harmonização da autonomia privada e as expectativas coletivas, de forma a conciliar a liberdade com a igualdade material; e, operabilidade, com a adoção de solução de conflitos de forma rápida, evitando-se a procrastinação da decisão, como forma de eliminar as incertezas, de modo que o ordenamento se revele uma via efetiva para satisfação de pretensões.¹⁵⁹

Outra manifestação indicativa da impossibilidade de esgotamento da descrição de condutas ilícitas encontra-se na seara do direito econômico, em que a Lei 12529/11 caracteriza como infração à ordem econômica os atos que possam prejudicar a livre concorrência ou livre iniciativa, dominar o mercado relevante ou exercer posição dominante de forma abusiva, sendo que alguns atos que viabilizem práticas restritivas de concorrência ou da livre iniciativa podem ser admitidos desde que aumentem a produtividade e a competitividade, melhorem a qualidade de bens ou serviços ou propiciem a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. De forma que a própria lei antitruste prevê mecanismos que possibilitam a flexibilização do texto normativo, destinado a adequá-lo à realidade do momento. Assim, condutas que inicialmente configuram uma restrição da concorrência, como a distribuição de determinado produto, sem a existência de concorrentes, em localidade distante dos grandes centros não implica necessariamente em exercício abusivo de posição dominante, razão pela qual a própria lei possibilita o exercício de práticas restritivas de concorrência com o objetivo de se atingir outras finalidades que devem ser analisadas no caso concreto.

Contudo, mais importante que constatar que a sistemática lógica de subsunção do fato à norma não se revela como solução para os direitos sociais é a percepção de que

¹⁵⁹ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil. Teoria Geral*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 20-28.

direitos e garantias individuais e direitos econômicos, culturais e sociais estão intimamente interligados.

“Liberdade igual” significa, por exemplo, não apenas o direito a inviolabilidade de domicílio, mas o direito de todos terem acesso a ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas o direito à expressão mas também a possibilidade de formar a própria opinião; não apenas direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efectiva posse de um posto de trabalho.¹⁶⁰

Desta forma, os conceitos de liberdade e igualdade estão reciprocamente atrelados, sendo que a direitos derivados de prestações sociais se revelam mais problemáticos em razão da insuficiência da técnica de subsunção, razão pela qual a efetividade dos direitos sociais necessita da implementação de políticas públicas, tornando-se dificultosa a possibilidade de se obter uma tutela jurisdicional de um direito social sem que exista lei ou política social para garanti-lo.

O desafio atual do Judiciário é a implementação de prestações sociais decorrentes de normas programáticas, diante da omissão do Poder Público. Consoante entendimento de Victor Abramovich e Christian Courtis¹⁶¹ poder-se-ia estabelecer algumas regras quanto à possibilidade de intervenção judicial em políticas públicas, de forma a se estabelecer um diálogo entre os Poderes como forma de implementar os direitos sociais, econômicos e culturais, enfatizando que não pode o Judiciário intervir de forma a substituir

¹⁶⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2007. p. 480.

¹⁶¹ Destacamos: “El Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y – en caso de hallar divergencias – reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Cuando las normas constitucionales o legales fijen pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida. Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un diálogo entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos. Sólo en circunstancias excepcionales, cuando la magnitud de la violación o la falta a completa de colaboración de los poderes políticos lo ha justificado, los jueces han avanzado en la determinación concreta de las medidas que deben adoptarse a partir de su propio criterio” (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Trotta, 2002. p. 250).

o critério adotado pela Administração, somente se legitimando qualquer ato interventivo na completa omissão dos órgãos competentes.

4.4 RESERVA DO POSSÍVEL

A efetivação de direitos sociais encontra-se relacionada com a existência de recursos económicos, razão pela qual Canotilho desenvolve a teoria da “reserva do possível”, pois o incremento da concretização de direitos sociais condiciona-se ao volume de recursos do Estado.

Quer as imposições constitucionais sejam derivadas de diretivas de socialidade e de normas de competência, ou estejam integradas em preceitos consagradores de direitos subjectivos, económicos, sociais e culturais, sempre o problema da sua efectivação legislativa terá de confrontar-se com a que hoje se designa, em teoria da Constituição, de reserva do possível. É que, independentemente das teorias dos direitos fundamentais e das teorias da Constituição, a efectivação dos direitos a prestações não pode fugir à dificuldade de conceber direitos subjectivos insusceptíveis de serem derivados normativamente da Constituição como direitos imediatamente realizáveis, correndo-se o risco de os transformar em cláusulas vazias, ao sabor das decisões do governo e do parlamento (e, portanto, dos grupos de classes que lhe servem de suporte) quanto à prioridade de distribuição dos meios financeiros. A estas objecções acresce ainda o facto de os pressupostos de realização não poderem ser exigidos ou substituídos através de decisão judicial.¹⁶²

Conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet a expressão “reserva do possível” se originou na Alemanha no início da década de 70, oportunidade em que se estabeleceu que a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das

¹⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 172-173.

capacidades financeiras do Estado, pois seriam direitos fundamentais que mantinham dependência direta com o financiamento pelos cofres públicos.¹⁶³

A idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependesse de disponibilidade de recursos financeiros fez com que se realizasse a migração da matéria para a seara da discricionariedade das decisões governamentais, consubstanciada no orçamento público. Neste contexto o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha firmou o entendimento de que a prestação deve corresponder àquilo que o indivíduo pode exigir de forma razoável da sociedade. O Estado não pode arcar com a prestação de assistência social em relação a pessoa que não faça jus ao benefício, por dispor de recursos suficientes para seu próprio sustento.

O mesmo autor assevera que a reserva do possível apresenta três dimensões: a efetiva disponibilidade de recursos para a efetivação de direitos fundamentais; disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guardam íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; e proporcionalidade da prestação quanto à exigibilidade.

Desta maneira, existe uma opção quanto à afetação de recursos em que deve ser estabelecido o modo pelo qual é feita a aplicação de acordo com a conjuntura socioeconômica, sendo que a Constituição não oferece critérios para a tomada de decisão, restando ao legislador a definição das linhas gerais da política de investimento.

Daniel Sarmiento explica que os direitos sociais possuem custos, que em um quadro de escassez deverá ser observada uma limitação. Existe o limite **fático** e o **jurídico**. Quanto à **esfera fática**, podemos afirmar que há estrita relação com a efetiva disponibilidade de recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional, enquanto que o limite jurídico se insere na necessidade de autorização orçamentária para que o Estado possa incidir nos custos.¹⁶⁴

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos sociais como direitos fundamentais*. In LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional*. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 212-253.

¹⁶⁴ SARMENTO, Daniel. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 569-580.

O autor prossegue no desenvolvimento do tema, salientando que no tocante ao aspecto fático, há três interpretações possíveis quanto ao conceito da “reserva do possível”. A primeira seria a associação da “reserva do possível” à exaustão dos recursos públicos, em que a postulação em juízo somente poderia ser indeferida quando se demonstrasse a ausência completa de recursos do Estado, de forma que haveria a inconveniência de possibilitar o sacrifício de outros direitos legítimos que necessitam de recurso público para atender a proteção de uma pessoa. A segunda interpretação se liga a uma avaliação da tolerabilidade do impacto econômico da pretensão individual sobre o universo de recursos públicos existentes, sendo que apresenta efeitos menos radicais do que a teoria anterior, mas oferece subsídios para um igual tratamento entre as pessoas, posto que o Estado não deve conceder uma prestação a um indivíduo que não possa generalizar para todos que se encontrem na mesma situação. Uma terceira interpretação possível é justamente aquela que exige uma razoabilidade na universalização das prestações, ou seja, em razão da isonomia, pessoas que se encontram na mesma situação devem receber a mesma contraprestação estatal, sendo apenas necessário que a Fazenda Pública demonstre no processo a impossibilidade de conceder o mesmo benefício a todos que se encontrem na mesma situação.

Em relação ao **aspecto jurídico**, a “reserva do possível” se relaciona com a existência de previsão orçamentária para a realização de despesa. O problema reside na contraposição de dois argumentos opostos: a escolha do legislador diante da escassez de recursos, posto que detentor da legitimidade democrática para eleger as prioridades da administração e, de outro lado, destaca-se a impossibilidade dos direitos sociais se submeterem à vontade legislativa.

O STF deixou claro na decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF 45, em que se questionava o veto do Presidente da República no tocante à Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2004 que a “reserva do possível” decorre da razoabilidade da pretensão e a disponibilidade financeira do Estado, sendo que não pode ser invocada como fundamento utilizado de forma genérica para descumprir imposições constitucionais.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Destacamos: “Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre

Mas, não podemos deixar de constatar que o Judiciário, mesmo em ações individuais, deve analisar a existência de previsão orçamentária, sob pena de agravamento das desigualdades sociais. No entanto, o debate financeiro não pode ser tomado de forma genérica, sob a alegação sem especificidade de que o juiz não pode intervir em matéria orçamentária, mas constitui ônus da Fazenda Pública zelar pela distribuição equânime dos recursos.

Conforme ensina José Reinaldo de Lima Lopes¹⁶⁶ se o Judiciário concedesse a um particular tudo aquilo que foi negado pela Administração, estaria violando o direito de todos, uma vez que somente parcela da população que se dirigisse ao Judiciário estaria se beneficiando dos recursos públicos. Com o decurso do tempo, a fila de atendimento da Administração se transferiria para os tribunais, sendo que a multidão de famintos e necessitados seria atendida sem critério de distribuição universal e simultâneo, de forma o que o Judiciário não estaria tratando a todos igualmente, ignorando àqueles que não apostaram na justiça.

onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. **Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.”** (STF, ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello. j. 29/04/2004, DJ 04/05/2005).

¹⁶⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da “reserva do possível”*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 192.

A teoria da reserva do possível serve de fundamento para se preservar a discricionariedade da Administração e do Legislativo, pois a efetivação de direitos sociais decorrentes de aplicação de normas programáticas não pode ofender o princípio da igualdade. O tema ganha relevância em razão da explosão de ações judiciais, cujas pretensões se relacionam ao fornecimento de medicamentos ou realização de cirurgias e internações com base no direito constitucional social da saúde.

Explica-se: as demandas que envolvem fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA¹⁶⁷, custeamento de tratamentos no exterior¹⁶⁸ ou internação imediata para realização de cirurgia¹⁶⁹ encontram-se em uma zona cinzenta que é própria do poder discricionário da Administração, posto que somente o agente político tem cognição completa das necessidades coletivas.

¹⁶⁷ “SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ADENOCARCINOMA DE PULMÃO - TUMORES CANCERÍGENOS. FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO DENOMINADO GEFITINIB (NOME COMERCIAL IRESSA) PELO ESTADO DE SÃO PAULO A UMA ÚNICA PACIENTE. LEI 4.348, ART. 4º . DANOS À ORDEM, SAÚDE E ECONOMIA PÚBLICAS. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Para o deferimento da suspensão de segurança é imprescindível a demonstração inequívoca de grave potencial lesivo a um dos bens públicos tutelados pela norma de regência, sendo insuficiente para tanto a simples alegação. 2. A determinação para que o Estado de São Paulo forneça medicamento a uma única paciente não apresenta potencial lesivo capaz de provocar sérios danos à ordem, à saúde ou à economia públicas. 3. Eventual efeito multiplicador da decisão liminar reclamada deve ser fundamentado na exposição de dados concretos, e não em meras conjecturas. 4. Agravo a que se nega provimento. (STJ - AgRg na SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 1.408 – SP - JULGADO: 25/10/2004)

¹⁶⁸ “ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR. UNIÃO E ESTADO DO CEARÁ. LEGITIMIDADE PASSIVA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NATUREZA INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA PARA MANEJO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO INICIAL. EXISTÊNCIA E HIGIDEZ. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CONFUSÃO COM O MÉRITO DA LIDE. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR PELO SUS. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. MSUD (“MAPLE SYRUP URINE DISEASE”). TRATAMENTO ATRAVÉS DE TRANSPLANTE DE FÍGADO. CENTRO MÉDICO NO EXTERIOR. ÚNICO COM EXPERIÊNCIA E PROTOCOLO ESPECÍFICO. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO ANTERIOR DESSA CIRURGIA NO BRASIL. CUSTO FINANCEIRO DO TRATAMENTO NO EXTERIOR APENAS UM POUCO SUPERIOR. SOPESAMENTO DOS INTERESSES FINANCEIRO DA ADMINISTRAÇÃO E DO MENOR SUBSTITUÍDO. RISCO À INTEGRIDADE FÍSICA E À VIDA MAIOR NO TRATAMENTO LOCAL. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DO MENOR. REALIZAÇÃO DO TRANSPLANTE NO EXTERIOR. DIREITO. EXISTÊNCIA. CUSTEIO DA VIAGEM E ESTADIA NO EXTERIOR. ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE PROVA DE DESNECESSIDADE. CABIMENTO. (...) 12. Na hipótese, o tratamento no exterior do menor substituído, em face das peculiaridades acima examinadas, não viola o art. 196 nem o art. 5º, ambos, da CF/88, não representando privilégio, mas, apenas, a adoção da medida administrativa mais razoável quando sopesados os custos para a Administração e os riscos decorrentes do local de tratamento médico para o referido menor (TRF 5ª R - Proc. 2004.81.00.020298-9; CE; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira - DJETRF5 20/11/2009).

¹⁶⁹ “Conquanto se pretenda, insistentemente, que tal intervenção cirúrgica seja realizada no Hospital Israelita Albert Einstein ou Hospital São Luiz, deverá ela ter seu curso **imediatamente**, sem se aguardar por nenhuma fila de espera, no Hospital das Clínicas que, como centro de excelência no tratamento de pacientes graves, realizará a tal cirurgia gratuitamente. (TJSP - Agravo de Instrumento: 892 835.5/1-00 - 7ª Câmara de Direito Público – Relator: Constança Gonzaga - j. 21/09/2009).

Desta forma, o custeamento de medicamentos sem comprovação de eficácia pela ANVISA e tratamento no exterior¹⁷⁰ consolidam uma postura que pode gerar ofensa ao princípio da isonomia, se desconsiderada a possibilidade de extensão a todos aqueles que se encontram na mesma situação, sendo que a determinação para imediata intervenção cirúrgica afeta a ordem cronológica da fila de espera, acarretando prejuízo àqueles que não buscaram a intervenção judicial.

A limitação de recursos do Estado não pode ser ignorada, mas a utilização exaustiva do argumento da reserva do possível pelo Poder Público gerou uma reação de descrédito, posto que apesar do assunto não poder ser ignorado, temos que manter presente que a finalidade do Estado é a obtenção de recursos para a prestação de serviços públicos, como o objetivo de realizar os objetivos fundamentais da Constituição.¹⁷¹

A política constitucional encontra dificuldades na efetivação de direitos sociais, posto que qualquer que seja a modalidade eleita pelo constituinte para assegurar a normatividade de direitos de segunda dimensão (fixação de competências, normas

¹⁷⁰ “ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE SAÚDE – TRATAMENTO NO EXTERIOR – RETINOSE PIGMENTAR. 1. Parecer técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselha o tratamento da “retinose pigmentar” no Centro Internacional de Retinose Pigmentária em Cuba, o que levou o Ministro da Saúde a baixar a Portaria 763, proibindo o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS. 2. Legalidade da proibição, pautada em critérios técnicos e científicos. 3. A Medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados. 4. Mandado de segurança denegado”. (STJ - MS Nº 8.895/DF – Rel. Min. Eliana Calmon - j. 22/10/2003 – DJ 07/06/2004)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR. ARTIGO 196 DA CF/88. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DA UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. 2. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de doença grave. 3. O direito à saúde é assegurado a todos e dever do Estado, por isso que legítima a pretensão quando configurada a necessidade do recorrido. 4. A União, o Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles. Precedentes: REsp 878080 / SC; Segunda Turma; DJ 20.11.2006 p. 296; REsp 772264 / RJ; Segunda Turma; DJ 09.05.2006 p. 207; REsp 656979 / RS, DJ 07.03.2005” (STJ - AgRg no REsp Nº 1.028.835/ DF – j. 02/12/2008 – DJ 15/12/2008).

¹⁷¹ Conforme BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 287.

programáticas, proteção de instituições ou determinação de direitos subjetivos) sempre haverá déficit na penosa tarefa de concretizar a norma constitucional dirigente.¹⁷²

4.5 MÍNIMO EXISTENCIAL

Conforme nos ensina Andreas Krell a interpretação progressiva dos direitos fundamentais sociais os qualifica como direitos subjetivos em face do Poder Público, sendo que as normas programáticas representariam mandados de otimização, em que o Estado somente poderia de escusar das obrigações decorrentes do mínimo existencial em caso de impossibilidade material evidente. A teoria do mínimo existencial tem origem na doutrina alemã pós-guerra em decorrência da ausência de direitos sociais na Lei Fundamental de Bonn, como consequência do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio do Estado Social. Assim, o Judiciário não poderia desenvolver um sistema acabado, ao contrário, deveria adotar a solução de forma casuísta.¹⁷³

A teoria do mínimo existencial atribui ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público para garantir a prestação de serviços mínimos à existência digna, mas a nossa Constituição estabelece um rol de direitos sociais, culturais e econômicos que auxiliam a identificar o mínimo existencial decorrente da previsão genérica constante do artigo 1º, inciso III, da CR.

Ricardo Lobo Torres leciona que o núcleo do mínimo existencial é irreduzível e insuscetível de restrições pelos poderes políticos do Estado, nos contornos mínimos, muito

¹⁷² Nesse sentido: “Quer as imposições constitucionais sejam derivadas de directivas de socialidade e de normas de competência, ou estejam integradas em preceitos consagradores de direitos econômicos, sociais e culturais, sempre o problema da sua efectivação legislativa terá de confrontar-se com o que hoje se designa, em teoria da Constituição, como reserva do possível. (sobretudo de desenvolvimento económico). É que, independentemente das teorias dos direitos fundamentais e da teoria da Constituição, a efetividade dos direitos a prestações não pode fugir à dificuldade de conceber direitos subjetivos insusceptíveis de serem derivados normativamente da Constituição como direitos imediatamente realizáveis, correndo-se o risco de os transformar em cláusulas vazias, ao sabor das decisões do governo e do parlamento (e, portanto, dos grupos e classes que lhe servem de suporte) quanto a prioridades e distribuição dos meios financeiros. A estas objeções acresce ainda o fato de os pressupostos de realização não poderem ser exigidos ou substituídos através de decisão judicial.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 172-173).

¹⁷³ KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: ano 36, n. 144, out./dez. 1999. p. 246-247.

embora exista a possibilidade de maximização de seu conteúdo relativo ao direito prestacional pela judicialização da política orçamentária. O conceito é uma incógnita muito variável, sendo que não pode sofrer a intervenção estatal por meio de tributos e ainda podem se exigidas prestações estatais positivas.¹⁷⁴

De maneira semelhante, Ana Paula de Barcellos explica que o conceito de “mínimo existencial” é construído historicamente, em face das circunstâncias sociais, econômicas e financeiras. A alteração do quadro acarreta a adaptação do conceito especialmente para ampliar seu alcance. A análise no caso individual encontra dificuldades decorrentes da ausência de elementos que possam gerenciar os recursos limitados e atendimento a demandas ilimitadas (micro-justiça), sendo que a teoria do “mínimo existencial” foi desenvolvida para neutralizar esta dificuldade, posto que diante do conteúdo de prioridades constitucionais a ação estatal não pode estar condicionada à limitação da “reserva do possível”.¹⁷⁵

Interessante o posicionamento de Daniel Sarmento que defende que o mínimo existencial não pode ser assegurado de forma incondicional, sem considerações quanto ao custo da universalização das prestações demandadas, sendo que deve ser feita uma ponderação, de modo que quanto mais indispensável se demonstrar uma prestação estatal, maior o ônus do Estado em negar o direito social. A título de exemplificação esclarece ser impossível justificar a negativa de fornecimento de saneamento básico, quando o Poder Público realiza gastos com publicidade e obras faraônicas.¹⁷⁶

A dificuldade reside na definição dos limites da categoria referente ao mínimo existencial, sendo que Ana Paula de Barcellos¹⁷⁷ apresenta uma proposta, com base em análise sistemática da Constituição, que fixa três elementos materiais e um elemento

¹⁷⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 313-314.

¹⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 821.

¹⁷⁶ SARMENTO, Daniel. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 579.

¹⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 291-349.

instrumental: educação básica, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça.

A educação configura pressuposto do exercício da cidadania, sendo que o conceito de educação básica reside no ensino gratuito dos 14 aos 17 anos de idade, inclusive com a oferta gratuita para todos aqueles que não tiveram acesso na idade própria, nos termos do artigo 208, I, da Constituição da República. Assim, constatamos a inclusão da pré-escola, ensino fundamental e ensino médio, razão pela qual é possível a exigência judicial de vaga em escola em seus diferentes níveis, sendo que no caso de insuficiência de vagas, o artigo 213, §1º, da Constituição da República estabelece que serão destinados recursos públicos para custeio de escola privada pelo Poder Público, quando houver falta de vagas e cursos regulares na rede pública, na localidade da residência do educando, diante da imposição obrigatória do dever de fornecimento de educação básica gratuita.

Os limites do mínimo existencial ligados à saúde são de difícil precisão, uma vez que poderia ser utilizado um critério utilitarista, decorrente da prestação de saúde que atenda o maior número de indivíduos com o menor custo (*e.g.*: campanhas de prevenção, como vacinação) ou prestação de saúde que todos os indivíduos necessitem (*e.g.*: saneamento básico). Todavia, a própria Constituição estabelece critérios a serem observados como: saneamento básico (artigo 198, II, e 200, CR); atendimento materno-infantil (artigo 227, § 1º, I, CR); medicina preventiva (artigo 198, II, CR) e prevenção epidemiológica (artigo 200, II, CR).

A assistência aos desamparados constitui o derradeiro recurso para preservação da dignidade da pessoa humana, sendo que o artigo 203, V, da Constituição da República estabelece como modalidade de assistência social: o fornecimento de um salário mínimo para o idoso ou deficiente que não tenha condições de prover por si ou sua família, sua subsistência. A dificuldade da assistência social é a eleição da maneira mais eficaz para concessão do benefício relacionado a alimentação, abrigo e vestuário, tendo como exemplos, o programa renda básica de cidadania (Lei 10.835/04) ou o programa bolsa família (Lei 10.836/04).

O acesso à Justiça configura o elemento instrumental do mínimo existencial, pois de nada adiantaria o estabelecimento de direitos sem a possibilidade de exigí-los de

forma eficaz. O princípio da inafastabilidade do controle judicial previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República configura a matriz do acesso à Justiça, sendo que o aspecto prático revela a necessidade de implementação de Defensorias Públicas, concessão de legitimidade para atuação do Ministério Público, criação de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, concessão de assistência judiciária gratuita, bem como o devido esclarecimento e difusão de forma indistinta a toda população dos mecanismos de acesso às instituições públicas, com a inclusão na grade curricular do ensino básico de noções do acesso à Justiça e formas de participação do cidadão na gestão da Administração.

A aplicação das normas constitucionais programáticas, sem a interposição legislativa, não constitui um direito delimitado no conteúdo e na extensão, sendo que a situação de fato pode retirar as condições mínimas de existência a ponto de justificar a intervenção judicial para manutenção do bem tutelado pela norma constitucional¹⁷⁸.

Apesar do conceito do mínimo existencial estar ligado à possibilidade de se assegurar direitos sociais de forma incondicional,¹⁷⁹ em que mesmo os recursos orçamentários não poderiam constituir matéria de defesa, verificamos que não podemos estabelecer uma solução definitiva e predeterminada, posto que a principal questão a ser

¹⁷⁸ Destacamos: “Todavia, no momento de aplicação da norma ao caso concreto, é possível a certas normas programáticas gerar, diretamente, direitos públicos subjetivos. Isto acontecerá quando, diante das circunstâncias do caso, a imediata satisfação do interesse protegido pela norma constitucional se mostrar necessária à manutenção da vida humana digna. Não se trata de um direito já previamente definido e delimitado pelo próprio enunciado normativo. Ele surge em virtude de uma situação de fato, diante da qual a não-implementação da norma programática levaria à subtração das condições mínimas de existência. Trata-se, em outras palavras, de situações em que a implementação do interesse tutelado pela norma programática se mostra necessária para a manutenção do direito fundamental ao mínimo existencial” (REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 176-177).

¹⁷⁹ Conforme: “ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO OPOSSIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. 2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.” (STJ – AgRg no REsp. n. 1.136.549-RS – Rel. Min. Humberto Martins - 2ª Turma – j. 08/06/2010 – DJe 21/06/2010).

considerada é a universalização da prestação estatal, de forma que a essencialidade do serviço público exige demonstração idônea da impossibilidade da atuação estatal.

Igualmente se verifica dificuldade na delimitação dos elementos integrantes do mínimo existencial, deixando ao intérprete uma nova missão árdua consistente na identificação prática do caso concreto, diante de conceitos vagos e imprecisos que exigem atividade interpretativa complexa.

4.6 TEORIA DO ABUSO DO DIREITO

Orlando Gomes indica que a noção de abuso de direito se liga à necessidade de flexibilizar a aplicação das normas jurídicas em atendimento aos anseios sociais, atuando como um conceito amortecedor para reduzir a colisão entre a lei e a realidade. A teoria do abuso do direito constitui uma fórmula elástica para conter ações não conformes aos interesses coletivos e o bem estar social.¹⁸⁰

A teoria do abuso de direito permite estabelecer uma via intermediária entre o permitido e o proibido, razão pela qual se amolda como critério para a aplicação de normas programáticas em ações individuais, posto que a principal preocupação localiza-se na quebra de isonomia de pessoas que gozam do mesmo status jurídico obterem prestações estatais diversas.¹⁸¹

De acordo com o conceito de abuso de direito de Jorge Manuel Coutinho de Abreu, temos que “há abuso de direito quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização de interesses pessoais e na negação de

¹⁸⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 120.

¹⁸¹ Menezes Cordeiro traça interessante parâmetro com figuras afins: a *aemulatio*, a *exceptio doli* e a regulação dos direitos de vizinhança: *Aemulatio* é o exercício de um direito sem utilidade própria com a intenção de prejudicar outrem. A *exceptio doli* originário do Direito romano tinha o objetivo de deter uma *actio* considerada por diversas circunstâncias injustas, atuando como verdadeiro vetor de justiça material. As limitações decorrentes do direito de vizinhança decorrem da necessidade de convivência pacífica. (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 673-676)

interesses sensíveis de outrem”¹⁸². Todavia, a aplicação da teoria do abuso de direito para as normas programáticas deve levar em consideração que, em regra, inexistirá uma conduta que não atenderá ao interesse pessoal, devendo a ênfase recair na possibilidade de causar prejuízo ao outrem, em razão da aplicação de parcela do orçamento público que se mostra insuficiente para a satisfação de todos os membros da sociedade que se encontram em igual situação.

A teoria do abuso do direito foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por força do artigo 189 do Código Civil.¹⁸³ Mas a jurisprudência já o reconhecia sob a égide do Código Civil de 1916, oportunidade em que se considerou ilegal cláusula permissiva de retenção de valores por instituição financeira em conta destinada ao pagamento de salários de empregados;¹⁸⁴ suspensão do fornecimento de energia elétrica em razão de dívida irrisória;¹⁸⁵ violação de convenção estabelecida entre vizinhos para não

¹⁸² ABREU, Jorge Manuela Coutinho de. *Do abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 43.

¹⁸³ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁸⁴ Nesse sentido: “CONTA CORRENTE. Apropriação do saldo pelo banco credor. Numerário destinado ao pagamento de salários. Abuso de direito. Boa-fé. Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, cobra-se lançando mão do numerário depositado pela correntista em conta destinada ao pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BNDES. A cláusula que permite esse procedimento é mais abusiva do que a cláusula mandato, pois, enquanto esta autoriza apenas a constituição do título, aquela permite a cobrança pelos próprios meios do credor, nos valores e no momento por ele escolhidos. Recurso conhecido e provido.” (REsp 250.523/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. 4ª Turma. j. 19.10.2000. DJ 18.12.2000).

¹⁸⁵ Destacamos: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO-DEMONSTRADO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SUSPENSÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 186 E 188, I, DO CC. NÃO-OCORRÊNCIA. ABUSO DE DIREITO. CONFIGURAÇÃO DE ATO ILÍCITO (CC, ART. 187). RESSARCIMENTO DEVIDO. DOUTRINA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. 1. A divergência jurisprudencial deve ser devidamente demonstrada, conforme as exigências do parágrafo único do art. 541 do CPC, c/c o art. 255 e seus parágrafos, do RISTJ, não bastando, para tanto, a simples transcrição de ementas. 2. A questão controvertida neste recurso especial não se restringe à possibilidade/impossibilidade do corte no fornecimento de energia elétrica em face de inadimplemento do usuário. O que se discute é a existência ou não de ato ilícito praticado pela concessionária de serviço público, cujo reconhecimento implica a responsabilidade civil de indenizar os transtornos sofridos pela consumidora. 3. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes (art. 187 do Código Civil). 4. A recorrente, ao suspender o fornecimento de energia elétrica em razão de um débito de R\$ 0,85, não agiu no exercício regular de direito, e sim com flagrante abuso de direito. Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 5. A indenização por danos morais foi fixada em valor razoável pelo Tribunal a quo (R\$ 1.000,00), e atendeu sua finalidade sem implicar enriquecimento ilícito à indenizada. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.” (REsp 811690/RR. Rel. Min. Denise Arruda. 1ª Turma. j. 18.05.2006. DJ 19.06.2006).

edificação de muro de alvenaria que inclui a proibição de plantio de árvores como cerca viva em substituição à construção.¹⁸⁶

Assim, constatamos que o abuso de direito se relaciona com a proteção da finalidade da norma, condicionando o exercício de um direito a limites impostos pela boa-fé, costumes e finalidade social ou econômica.

No momento em que se aplica o instituto do abuso de direito à esfera pública, torna-se necessária a realização de adaptações, posto que a Administração exerce função pública, uma vez que atua no sentido de satisfazer finalidades em favor do interesse de outrem, sendo que de forma diversa o particular não exerce, em regra, função de realização do interesse alheio, pois atua na realização de seu próprio interesse¹⁸⁷. Mas houve uma aproximação dos particulares à situação jurídica da Administração no momento em que passa a se exigir uma limitação à máxima realização de seus interesses pessoais, posto que mesmo uma ação individual deve obedecer uma finalidade pública decorrente da impossibilidade de atendimento uniforme a todos os administrados.

A Administração deve inclusive realizar o controle das áreas em que não presta serviços públicos, como forma de justificar a negativa da possibilidade de extensão uniforme de sua atuação a toda a coletividade, posto que a alegação genérica de reserva do

¹⁸⁶ Conforme julgado do STJ: "DIREITO CIVIL. SERVIDÕES LEGAIS E CONVENCIONAIS. DISTINÇÃO. ABUSO DE DIREITO. CONFIGURAÇÃO. - Há de se distinguir as servidões prediais legais das convencionais. As primeiras correspondem aos direitos de vizinhança, tendo como fonte direta a própria lei, incidindo independentemente da vontade das partes. Nasce em função da localização dos prédios, para possibilitar a exploração integral do imóvel dominante ou evitar o surgimento de conflitos entre os respectivos proprietários. As servidões convencionais, por sua vez, não estão previstas em lei, decorrendo do consentimento das partes. - Na espécie, é incontroverso que, após o surgimento de conflito sobre a construção de muro lindeiro, as partes celebraram acordo, homologado judicialmente, por meio do qual foram fixadas condições a serem respeitadas pelos recorridos para preservação da vista da paisagem a partir do terreno dos recorrentes. Não obstante inexistir informação nos autos acerca do registro da transação na matrícula do imóvel, essa composição equipara-se a uma servidão convencional, representando, no mínimo, obrigação a ser respeitada pelos signatários do acordo e seus herdeiros. - Nosso ordenamento coíbe o abuso de direito, ou seja, o desvio no exercício do direito, de modo a causar dano a outrem, nos termos do art. 187 do CC/02. Assim, considerando a obrigação assumida, de preservação da vista da paisagem a partir do terreno dos recorrentes, verifica-se que os recorridos exerceram de forma abusiva o seu direito ao plantio de árvores, descumprindo, ainda que indiretamente, o acordo firmado, na medida em que, por via transversa, sujeitaram os recorrentes aos mesmos transtornos causados pelo antigo muro de alvenaria, o qual foi substituído por verdadeiro "muro verde", que, como antes, impede a vista panorâmica. Recurso especial conhecido e provido". (REsp 935474 / RJ Rel. Min. Ari Pargendler. 3ª Turma. j. 19.08.2008, DJE 16.09.2008).

¹⁸⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 57-94.

possível não demonstra as reais impossibilidades da Administração, posto que a falta de exposição das deficiências do Estado acarreta o efeito de parecer que ninguém é responsável pelas escolhas trágicas decorrentes da ausência de investimentos públicos, sendo que os infortúnios do serviço público deficiente se apresentam como uma fatalidade ou como uma falha do sistema de forma difusa, razão pela qual a seriedade da Administração exige práticas que forneçam dados em que não é possível a atuação estatal, como forma de fornecer elementos de maneira transparente a todos os administrados.

Uma ação individual que busca a obtenção de uma prestação decorrente de um direito social prestacional inicialmente somente busca a satisfação da necessidade do cidadão, sendo que não se observa que o jurisdicionado seria beneficiado com a atuação estatal que é custeada por toda a sociedade, revelando uma extrema desigualdade, razão pela qual tal modalidade de intervenção na gestão administrativa se releva nociva e não atende ao interesse público, sendo que os instrumentos criados pela doutrina e jurisprudência derivados da noção de reserva do possível e mínimo existencial não solucionam adequadamente a dificuldade da impossibilidade de extensão dos efeitos da decisão aos indivíduos que se encontrem na mesma situação.

As normas programáticas não podem servir de fundamento para ações que tenham o objetivo a simples satisfação do interesse individual em detrimento de toda a coletividade, a possibilidade de fiscalização do serviço público para obtenção da tutela específica não pode ignorar os limites globais da Administração, nem mesmo as dificuldades decorrentes da extensão dos efeitos da decisão.

Como forma de incrementar a participação popular na gestão pública, propomos a regulamentação do artigo 37, §3º da Constituição da República, como forma de assegurar a efetiva participação da população no sentido de instituir uma política de controle do serviço público.^{188 189}

¹⁸⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

4.7 CONCLUSÃO

É evidente que a técnica legislativa não pode conciliar completamente o método de adequação das normas à realidade e englobar de forma genérica e previsível todas as hipóteses fáticas no plano normativo. Ensina Paula Forgioni que o método interpretativo tem como finalidade a garantia de uma certa previsibilidade da conduta do agente, bem como proporciona a adequação do direito à realidade que disciplina.¹⁹⁰

Assim, o ordenamento jurídico se utiliza de métodos que possibilitam ao intérprete agir com maior liberdade, diante da impossibilidade de previsão de identificação em todos os casos da providência a ser adotada, ou seja, outorga-se à Administração e ao Judiciário meios para a concretização de direitos fundamentais, atribuindo poderes discricionários ao Administrador, estabelecendo cláusulas gerais a serem observadas pelos particulares, fixando conceitos jurídicos indeterminados para o julgador identificá-los no caso concreto.

As normas programáticas surgem como mecanismo de controle de políticas públicas, limitando a atuação do Administrador que tem o dever de observar a finalidade estabelecida na Constituição. O controle judicial dos atos administrativos sempre esteve

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

¹⁸⁹ Destacamos a lição de José dos Santos Carvalho Filho em relação ao princípio da eficiência: “O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Incluído em mandamento constitucional, o princípio pelo menos prevê para o futuro maior oportunidade para os indivíduos exercerem sua real cidadania contra tantas falhas e omissões do Estado. Trata-se, na verdade, de dever constitucional da Administração, que não poderá desrespeitá-lo, sob pena de serem responsabilizados os agentes que deram causa à violação. Diga-se, entretanto, que de nada adiantará a menção a tal princípio se não houver uma disciplina precisa e definida sobre os meios de se assegurar os direitos do usuário, a qual, diga-se por oportuno, já há muito deveria ter sido regulamentado o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, que, mesmo antes da alteração introduzida pela mencionada Emenda Constitucional, previa expressamente a edição de lei para regular as reclamações relativas à prestação de serviços públicos. Fora daí, o princípio, tanto quanto tem sido esse último mandamento, tornar-se-á letra morta. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 27)

¹⁹⁰ FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos da lei antitruste*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 307.

limitado para preservar a conveniência e oportunidade da Administração, sendo que houve o desenvolvimento de construções judiciais relativas ao abuso de poder para possibilitar o exame do mérito do ato administrativo. Todavia, a omissão do Poder Executivo se revela mais delicada diante da ausência de previsão dos meios necessários para se atender à finalidade descrita na norma constitucional.

Desta forma, o mecanismo processual mais apropriado para o questionamento judicial de políticas públicas é a tutela coletiva, posto que a melhoria na prestação do serviço público deve ser realizada de forma difusa ou coletiva, posto que a ação individual não conseguiria atingir integralmente todas as pessoas que necessitam da adequada intervenção estatal.

A intervenção na política pública por meio de ações individuais não possui o condão de corrigir, por si só, os rumos da Administração Pública, posto que questiona-se somente a satisfação da pretensão individual sem atentar para as reais possibilidades do Estado, sendo que se desenvolveram teorias da reserva do possível e do mínimo existencial para possibilitar o exercício de pretensões individuais para que o cidadão possa obter direitos sociais prestacionais do Poder Público.

Em relação à reserva do possível verificamos que o Judiciário não pode conceder a um particular tudo aquilo que foi negado pela Administração, pois estaria violando o direito de todos, uma vez que somente parcela da população que se dirigisse ao Judiciário estaria se beneficiando dos recursos públicos.

A teoria da reserva do possível não pode ser entendida como uma causa supralegal de exclusão da eficácia da Constituição, de modo a funcionar como um escudo em detrimento de direitos fundamentais, devendo prevalecer a transparência na Administração de maneira a demonstrar de forma específica a impossibilidade de atendimento ou expansão do serviço público.

Apesar do conceito do mínimo existencial estar ligado à possibilidade de se assegurar direitos sociais de forma incondicional, hipótese em que mesmo os recursos orçamentários não poderiam constituir matéria de defesa, verificamos que não podemos estabelecer uma solução definitiva e predeterminada, posto que a principal questão a ser

considerada é a universalização da prestação estatal, de forma que a essencialidade do serviço público exige demonstração idônea da impossibilidade da atuação estatal.

Constatamos que a teoria do mínimo existencial tem o objetivo de possibilitar a intervenção do Judiciário em políticas públicas, mas percebemos que há dificuldade quanto à identificação dos direitos sociais prestacionais que permitiriam a concretização incondicionada. De igual maneira a teoria da reserva do possível não pode ser um pretexto para excluir a atuação do Poder Judiciário em matéria de política pública, razão pela qual optamos por realizar um controle finalístico das ações individuais.

As normas programáticas não podem servir de fundamento, em regra, para ações que tenham o objetivo a simples satisfação do interesse individual em detrimento de toda a coletividade, posto que a possibilidade de fiscalização do serviço público para obtenção da tutela específica não pode ignorar os limites globais da Administração, nem mesmo as dificuldades decorrentes da extensão dos efeitos da decisão.

Podemos encontrar uma modalidade de controle da pretensão individual de forma a aproximar os particulares da situação jurídica da Administração, limitando-se a máxima realização de seus interesses pessoais, posto que mesmo uma ação individual deve obedecer uma finalidade pública decorrente da impossibilidade de atendimento uniforme a todos os administrados, configurando abuso de direito toda forma de obtenção de prestações estatais sem a correlata análise da possibilidade de extensão dos efeitos da decisão.

Destacamos que a Administração deve fazer a divulgação dos setores em que não presta serviços públicos e até mesmo nas áreas em que o serviço é ineficiente, sendo que a omissão das deficiências do Estado ocasiona a impossibilidade de constatação do responsável pela ausência de investimentos públicos, de modo que as adversidades do serviço deficiente surgem como uma fatalidade ou como uma falha sistêmica, sendo que a Administração Pública exige práticas indicativas da inviabilidade da atuação estatal, de modo a proporcionar informações de maneira transparente à sociedade. As escolhas trágicas quanto à restrição de serviço público devem ser fundamentadas, posto que a omissão quanto à falta de recursos transfere ao Judiciário a difícil missão de conceder ou

denegar a pretensão de quem ingressa em juízo sem dispor de informações quanto à disponibilidade financeira e planejamento do Poder Público.

CONCLUSÕES

A preocupação do Estado Liberal era a desconfiança contra o poder absoluto, existindo uma separação profunda entre a sociedade e Estado, ao passo que o Estado Social nos mostrou a necessidade de uma postura estatal ativa no âmbito econômico, social e cultural. Assim, a passagem de um modelo ao outro exige normas de adaptação que são necessárias à transição ideológica, razão pela qual as normas programáticas assumem papel de destaque como regras de acomodação do sistema.

Os direitos sociais alçados à dignidade constitucional configuram uma mudança no modelo estatal, mas a inclusão de educação, previdência e cultura no texto constitucional não poderiam assumir aplicabilidade direta e imediata, posto que ao contrário dos direitos relativos à liberdade que demandavam apenas uma abstenção estatal, os direitos sociais apresentam uma grande barreira para se converterem em direitos subjetivos, pois exigem uma atitude positiva do Estado.

Importante destacar que os direitos fundamentais sociais não possuem a estrutura de direito subjetivo a ser exercido contra o Estado, sendo mais bem concebidos como direitos que exigem a intervenção estatal, ou seja, o Estado não é um devedor de prestações sociais, mas um interveniente necessário na sistemática dos direitos sociais, sendo que a política pública configura o principal mecanismo de efetivação de direitos de segunda geração.

As normas programáticas prescrevem a realização de finalidades e tarefas ao Estado, razão pela qual não podemos aceitar a ausência de carga normativa, equiparando-as à preceitos de ordem moral, desprovidas de eficácia, posto que não haveria qualquer forma de controle das políticas públicas adotadas pelos governantes, restringindo demasiadamente o exercício da fiscalização do Poder Público.

O pressuposto de qualquer interpretação sobre normas programáticas reside na necessidade de conciliar a esfera econômica, jurídica e política, sendo que o estabelecimento dos limites de cada domínio configura uma tarefa tormentosa, posto que a análise puramente normativa se revela insuficiente para a solução de problemas relacionados aos direitos sociais.

A classificação doutrinária tradicional das normas constitucionais nega a existência de direito subjetivo baseado em direitos sociais prestacionais, todavia, verificamos que a jurisprudência não adotou tal posicionamento, permitindo a concretização de direitos fundamentais sociais.

Temos que ter a intervenção do Judiciário em matéria de políticas públicas deve ser excepcional e subsidiária, posto que o mérito dos atos do Executivo e Legislativo não pode ser substituído pelo do julgador. Somente em casos de arbitrariedades e omissões passa a ser legítima a intervenção judicial.

O aspecto positivo é a possibilidade de controle da omissão estatal, razão pela qual o Poder Público passa a ter efetivo controle sobre sua atuação governamental. O ponto negativo é a intromissão indevida do Poder Judiciário em políticas públicas, gerando insegurança jurídica, posto que inexistente tratamento uniforme quanto aos direitos sociais prestacionais, bem como acarreta indevido impacto orçamentário, permitindo, inclusive, que somente aqueles que se socorrem do Judiciário consigam obter benefícios decorrentes da atuação estatal, gerando extrema desigualdade entre pessoas que se encontram em mesma condição.

Existe a possibilidade da intervenção judicial, em sede de normas programáticas, posto que a ausência de controle jurisdicional em sede de direitos fundamentais sociais não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. A ausência de fiscalização por considerar a matéria uma questão política reduz o controle da moralidade administrativa, de forma que a inexistência de questionamento de ato referente à política pública não pode ser fonte de condutas ilícitas ou omissivas. Por outro lado, a atuação do Poder Judiciário em seara típica dos Poderes Legislativo e Executivo pode gerar decisões voluntaristas relativas a direitos sociais prestacionais, posto que a estrutura das normas programáticas não se identifica com a simples atribuição de um efeito jurídico a uma

descrição normativa. A vagueza das normas programáticas decorre da ausência de especificação de meios e prazos, limitando-se a estabelecer uma finalidade que deve ser alcançada em observância das possibilidades fáticas e jurídicas.

Destaca-se a finalidade das normas programáticas como fator de adensamento do exercício da discricionariedade, dos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. Exige-se do Estado a concretização de direitos fundamentais sociais sem atribuir ao cidadão um direito subjetivo contra o Poder Público.

O instrumento mais adequado para a proteção jurisdicional de políticas públicas é a tutela coletiva, posto que a melhora na prestação do serviço público, por meio da ação civil pública, deve ser alcançada de forma difusa ou coletiva, posto que a pretensão individual não conseguiria beneficiar integralmente todos os indivíduos que necessitam da adequada intervenção estatal.

Em relação à reserva do possível verificamos que o Judiciário não pode conceder a um particular tudo aquilo que foi negado pela Administração, pois estaria violando o direito de todos, uma vez que somente parcela da população que se dirigisse ao Judiciário estaria se beneficiando dos recursos públicos.

Apesar do conceito do mínimo existencial estar ligado à possibilidade de se assegurar direitos sociais de forma incondicional, em que mesmo os recursos orçamentários não poderiam constituir matéria de defesa, verificamos que não podemos estabelecer uma solução definitiva e predeterminada, posto que a principal questão a ser considerada é a universalização da prestação estatal, de forma que a essencialidade do serviço público exige demonstração idônea da impossibilidade da atuação estatal.

As normas programáticas não podem servir de fundamento para ações que tenham o objetivo a simples satisfação do interesse individual em detrimento de toda a coletividade. A possibilidade de fiscalização do serviço público para obtenção da tutela específica não pode ignorar os limites globais da Administração, nem mesmo as dificuldades decorrentes da extensão dos efeitos da decisão.

Podemos estabelecer um modo de limitação das ações individuais relacionadas às normas programáticas instituindo uma aproximação dos interesses dos particulares com a situação jurídica do Poder Público, restringindo-se a máxima realização de seus interesses pessoais, posto que mesmo uma pretensão individual relacionada a normas programáticas, diante da omissão estatal, deve corresponder a uma finalidade pública, que se evidencia na impossibilidade de atendimento igualitário a todos os cidadãos, caracterizando o abuso de direito na aquisição de prestações estatais sem a correspondente verificação da possibilidade de expansão dos efeitos do julgamento.

Importante destacar que a Administração deve realizar a divulgação de informações relativas às áreas que não são passíveis de investimentos públicos, posto que a ocultação das carências do Estado proporciona a percepção errônea de que não existe responsável pela omissão quanto à alocação de recursos públicos, sendo que as falhas do serviço público não podem ser consideradas uma fatalidade do sistema, razão pela qual deve ser exigida do Poder Público transparência na condução das políticas públicas, sob pena de se transferir ao Judiciário a decisão sobre as “escolhas trágicas”.

A eficácia das normas programáticas não se associa à potencialidade de produção de efeitos jurídicos, posto que se relacionam à incidência de forma dinâmica, ou seja, as normas programáticas incidem sobre a conduta do Administrador, reduzindo o liberdade de atuação, possibilitam a fiscalização das políticas públicas, por meio de ações coletivas, permitindo, inclusive, a obtenção de provimentos jurisdicionais em sede de ações individuais, desde que não configurem modalidade abusiva em detrimento de toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Trotta, 2002.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e ideologia. Aparência e realidade*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1997.

ANDRADE, Cristiano José. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. Existência, validade e eficácia. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

BLACK, Henry Campell. *Handbook on the construction and interpretation of the laws*. New Jersey: The lawbook Exchange, 2008

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2ª edição. 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de direito administrativo*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2ª edição. Campinas: Russell, 2004.

_____. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*: coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933, v. II: arts. 16 a 40.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 803-826.

BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium Editora, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: ano 36, n. 142, abr./jun. 1999.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UNB, 1989.

_____. *O tempo da memória: de Senecture e outros escritos autobiográficos*. Tradução de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional*. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 7ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *“Brançosos” e a interconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *La certezza del diritto*. Discorsi interno al diritto. Padova, 1953.

CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*. 24ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Revista Justitia, São Paulo: ano 51, n. 145, jan./mar. 1989.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Relação entre vigência e eficácia no direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1951.

CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952.

DAHRENDORF, Ralf. *Después de la democracia*. Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *O estado federal*. São Paulo: Ática, 1986.

_____. *O futuro do estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil. Teoria geral*. 3ª edição. Atualizado por Gustavo Tepedino, Antonio Carlos de Sá, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Renan Miguel Saad. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law constitution*. 10ª edição. Londres: Macmillan, 1965.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas. Normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência*. Revista USP, n 21, mar/abr/mai de 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Estado de direito e constituição*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos da lei antitruste*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FRANCO, Fernão Borba. *Processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.

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

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HORTA, Raul Machado. *Organização constitucional do federalismo*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: ano 22, n. 87, jul./set. 1985.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de João de Vasconcelos. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KRELL, Adreas Joachim. *Discrecionalidade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial*. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 8, dez. 2004. P. 192-193

_____. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: ano 36, n. 144, out./dez. 1999.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Livraria Líder e Editora, 2008.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coord.). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais. Teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da “reserva do possível”*. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 173-193

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2006.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 1992.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Fernando Barbalho. *Do direito à democracia. Neoconstitucionalismo, princípio democrático e a crise no sistema representativo*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direito municipal brasileiro*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes et al. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Manual de direito constitucional. Estrutura constitucional do estado*. Tomo III. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MOORE, Michael. *Sicko. \$O\$ Saúde*. Barueri: Europa Filmes, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Direito constitucional administrativo*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. Teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 7ª série. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade. 2ª edição. Rio de Janeiro, 1991.

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil comentado*. 6ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia*. São Paulo: Malheiros, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na constituição de 1988*. Estratégias de positivação e exigibilidade judicial de direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). *Constituição e*

estado social. Os obstáculos à concretização da constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

PELLEGRINO, Carlos Roberto. *Compromisso constituinte.* Revista de Informação Legislativa, Brasília: ano 24, n. 96, out./dez. 1987.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução.* Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – Tomo I,* Rio de Janeiro: Editora Guanabara, Waissman, Koogan, 1936.

_____. *Comentários à Constituição de 1967.* Tomo III, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade.* In SILVA, Virgílio Afonso da (Coord.). *Interpretação constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2007. p. 165-216.

_____. *Interpretação constitucional e poder judicial.* Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial.* Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico.* Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil. Teoria Geral*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Parte geral*. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Direitos sociais como direitos fundamentais*. In LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional*. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 212-253.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Madri: Alianza Universidad Textos, 2006.

SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular. As garantias ativas dos direitos coletivos*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Processo constitucional de formação das leis*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

STAMATO, Bianca. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense, 1991.