CLILTON GUIMARÃES DOS SANTOS

TUTELA JURISDICIONAL AOS DIREITOS SOCIAIS

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora, no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob orientação do Professor Associado Antonio Carlos Marcato.

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2013

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: _____

Professor

Professor

Arguidor: _____

Professor

Arguidor: _____

Professor

Arguidor: _____

Professor

Arguidor: _____

RESUMO

O Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1.988 traz como fator essencial à sua estrutura a previsão dos direitos fundamentais sociais, garantia institucional a serviço do projeto político representado, em grande parte, pelos valores enunciados nos arts. 1º, III e 3º, I, relativos ao primado maior da dignidade humana, a ser preservada por meio de uma sociedade plural, justa e solidária.

A ordem de valores constitucionais, portanto, preserva, sobretudo, a igualdade de fato entre os cidadãos, somente alcançável a partir de uma universalizada participação das cidadania nos bens e riqueza nacionais, cuja distribuição se faz por meio dos direitos fundamentais sociais. Síntese histórica e sucessor do Estado Liberal e do Estado Social, o Estado Democrático de Direito se compromissa em garantir, por meio de ações permanentes, o acesso a esses direitos, promovendo democracia social.

Sua omissão expõe à ameaça e à violação de seus direitos a sociedade brasileira, vindo à arena desse conflito o Judiciário, agora vocacionado a arbitrar confrontos dessa natureza no exercício da atividade jurisdicional. Ao fazê-lo, todavia, realiza escolhas públicas, exercendo jurisdição distributiva, para alguns desequilibrando o sistema fundado na tripartição de poderes.

O objetivo desse trabalho é, então, ao se reconhecer os riscos dos abusos e quebra da harmonia referida pelo art. 2º da Constituição Federal, averiguar os métodos e técnicas do processo como aliados na contenção de excessos e a garantia de efetividade das decisões nessa área prolatadas.

RIASSUNTO

Lo Stato Democratico di Diritto, istituito con la Costituzione Federale del 1988, porta con sé, come fattore essenziale alla sua struttura, la previsione dei diritti fondamentali sociali, garanzia istituzionale al servizio del progetto politico, rappresentato in gran parte dai valori espressi negli artt. 1°, III e 3°, I, relativi al primato preponderante della dignità umana, che deve essere preservata per mezzo di una società pluralista, giusta e solidale.

L'ordine dei valori costituzionali preserva, pertanto, soprattutto l'uguaglianza di fatto tra i cittadini, che soltanto può essere raggiunta con la partecipazione universale del cittadino ai beni e ricchezze della Nazione, la cui distribuzione si realizza con il riconoscimento dei diritti fondamentali sociali. Sintesi storica e successore dello Stato Liberale e dello Stato Sociale, lo Stato Democratico di Diritto si impegna a garantire, attraverso azioni permanenti, l'accesso a questi diritti, producendo democrazia sociale.

La sua omissione espone la società brasiliana alla minaccia e alla violazione di questi diritti, laddove entra nell'arena di questo conflitto il Potere Giudiziario, adesso ingaggiato nell'arbitrare contrasti di tal natura nell'esercizio dell'attività giurisdizionale.

Ciò facendo realizza tuttavia scelte pubbliche, esercitando giurisdizione distributiva, e per alcuni disequilibrando il sistema fondato sulla tripartizione dei poteri. L'obiettivo di questo lavoro è, pertanto, una volta che vengano riconosciuti i rischi degli abusi e la rottura dell'armonia riferita nell'art. 2 della Costituzione Federale, individuare i metodi e le tecniche del processo come alleati nel contenimento degli eccessi e garanzia di effettività delle decisioni proferite in quest'ambito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. Processo coletivo e o acesso a justiça.....	7
2. A Constituição Federal, o Estado Democrático e o Processo	12
3. Os direitos sociais, a inclusão social e o processo coletivo.....	18
4. A Jurisdição e a justiciabilidade dos direitos sociais	21
5. Implementação judicial de políticas públicas e efetividade de direitos sociais hoje.....	26
6. Sobre o presente trabalho	39
 CAPÍTULO I – Estado de Direito, Estado Democrático de Direito e Estado Constitucional.....	41
1. O Estado de Direito em suas origens	41
1.1 O Estado-Nação e suas formulações iniciais.....	41
1.2 O Estado Absolutista e o Estado Policial	44
1.3 O Estado de Direito	47
2. Do Estado de Direito ao Estado Social	51
2.1 O Estado de Direito Liberal.....	51
2.2 Distorções do Estado de Direito e Estado Constitucional Social	57
3. O Estado Democrático de Direito	63
3.1 Democracia como valor jurídico	63
3.2. As discussões sobre a democracia nos dois últimos séculos.....	67
3.3. O Estado Democrático de Direito	70
4. Constituição e Estado de Direito	77
4.1 Constitucionalismo	77
4.2 Constituição e Suas Funções	85
4.3 Supremacia Constitucional e Estado Democrático	92
 CAPÍTULO II – Os Direitos Fundamentais Clássicos e Sociais	99
1. Origem dos Direitos Fundamentais.....	99
1.1 Conceito e Dupla Fundamentalidade dos Direitos Fundamentais.....	104
1.2 Funções e Dimensões Subjetiva e Objetiva dos Direitos Fundamentais	108

1.3 As Gerações, a Titularidade e os Destinatários dos Direitos Fundamentais	116
2. Direitos Sociais	125
2.1 Fundamentalidade e Estrutura dos Direitos Sociais.....	133
2.2 Destinatários e Titulares dos Direitos Sociais.....	138
2.3 Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais.....	142
CAPÍTULO III – Separação de Poderes, Jurisdição e Processo na Constituição	
Federal de 1988.....	149
1. Estado Democrático de Direito e Separação de Poderes	149
1.1 Jurisdição Democrática e Democracia Constitucional.....	158
1.2 Jurisdição, Acesso à Justiça e Judicialização da Política.....	170
2. Direito Processual Coletivo e Processo Coletivo	181
2.1 Jurisdição Coletiva e Devido Processo Coletivo	183
2.2 Public Litigations, Ação Civil Pública e Direitos Fundamentais	190
CAPÍTULO IV – Justiciabilidade dos Direitos Sociais, Possibilidade e Limites.....	193
1. Direitos Sociais e Políticas Públicas	193
1.1 O Significado da Justiciabilidade dos Direitos Sociais Sua Impossibilidade	199
2. Jurisdição Coletiva e Direitos Sociais: As Possibilidades e Os limites	
indispensáveis à Justiciabilidade	203
CONCLUSÃO	216
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	218

INTRODUÇÃO

1.- *Processo coletivo e o acesso à justiça*

As duas últimas décadas do século vinte ensejaram debates relevantes acerca das fragilidades das técnicas processuais e, enfim, do processo civil vigente, no tocante à tutela de certos interesses que já iam tomando corpo no âmbito da sociedade brasileira, mas sem mecanismos procedimentais aptos a lhes dar vazão e atendimento.

Mesmo visíveis os sinais claros da sociedade de massa e a afirmação presente dos interesses coletivos inerentes a grupos sociais específicos ou a grupos de pessoas dispersos carentes de uma tutela jurisdicional eficaz, o sistema processual se revelava ainda despreparado para a absorção de lides transindividuais, cingido que se encontrava a uma matriz procedimental referida a embates pertinentes a conflitos interpessoais.

Nessa medida, o Código de Processo Civil vigente, introduzido por legislação editada em meados da década de setenta, não aportava instrumentos adequados à vazão de demandas do gênero, já porque em focos específicos, tais como a disciplina da legitimidade para agir ou a coisa julgada e seus efeitos subjetivos, para ficar no mínimo, seus dispositivos desatendiam às urgências por elas postas em causa.

Tutela adequada e eficaz ao meio-ambiente, ao consumidor e a outras áreas e situações geradoras de interesses coletivos, apenas se converteu em possibilidade técnica apropriada já na década de oitenta, com a edição de lei especial voltada ao regramento dos processos coletivos, em atenção às repercussões internas da consolidada teoria do acesso à justiça.

A partir da edição da *Lei Federal nº 7347/85*, denominada *Lei da Ação Civil Pública*, caminhos processuais para a tutela dos chamados interesses difusos e coletivos foram estabelecidos, viabilizando sua proteção judicial por meio de mecanismos recortados para as especificidades a eles inerentes¹.

¹Observa-se que a Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7347/85), claro, deu continuidade ao processo infraconstitucional de proteção jurídica adequada e esses novos interesses, que teve como seu marco inicial

Desde então lides coletivas encontraram seu próprio ambiente processual, caracterizado por balizas modeladas para as urgências singulares em termos de legitimação, interesse de agir, efeitos da decisão e coisa julgada, tal como há tempo tecnicamente se considerava imprescindível.

Expressão da segunda onda renovatória do processo civil, voltada à concretização do acesso à justiça, a implementação de Lei especial regulamentadora de lides coletivas aprofundou o debate sobre o papel da jurisdição, notadamente sobre seu modo de ser em uma sociedade democrática, mas ainda marcada por desigualdades, por isso carente de uma atuação diferenciada do Judiciário, então convocado ao desempenho de uma missão pronunciadamente distinta daquela tradicionalmente realçada pela ciência processual convencional².

O momento em questão, por sinal, era em tudo propício a uma transformação de paradigmas doutrinários do processo, sobretudo no quanto respeita a seus fins, tecendo-se, nos meios acadêmicos, aliás, um discurso científico mais rente à realidade constitucional, à época em franca transição para tempos novos e oxigenados por um sentimento democrático que já vicejava em toda sociedade.

Parenteticamente, aliás, registre-se que o estatuto processual então vigente, provinha justamente de um momento histórico notabilizado por regime político de força, de constituições outorgadas, de legislação tecnocrática, fatores que a condicionaram, limitando-a a balizas inadequadas à situação histórica de então, por estar fortemente

a *Lei Federal* n. 4717 de 29 de junho de 1965, disciplinadora da Ação Popular, que, todavia, outorgava a um só e único cidadão a legitimidade ativa para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público. Nessa mesma época, vale anotar, já eram devidamente reconhecidos e protegidos interesses atinentes ao Meio-Ambiente, por meio da *Lei Federal* n. 6.838 de 31 de agosto de 1981, encarregada do traçado da política nacional para sua tutela. Nesse mesmo sentido: AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal, *Jurisdição Constitucional e a tutela dos direitos metaindividuais*, 1ª ed.. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 8-9.

²CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*: Sergio Antonio Fabris Editora, Trad. Ellen Gracie Northfleet.

influenciado pela legislação civil já defasada, notoriamente individualista e patrimonialista, que refletia uma sociedade fisionomicamente afeiçãoada àquela do final do século XIX³.

Retomando a linha normal da exposição, enfatiza-se que são exatamente desse momento histórico as fortes repercussões da denominada *instrumentalidade do processo*, em cujo enfoque se sobressaem seus fins próprios, e dentre eles o político, relativo à *garantia da ordem jurídica, da estabilidade e efetividade do sistema legal*, conceito revelador da plena aceitação das conseqüências transcendentais de seu manejo, um tanto mais além de seus objetivos mais imediatos de mera composição da lide⁴.

A propósito, autores de relevo, no final dos anos setenta, já frisavam os fins públicos do processo, anuindo em relação à sobreposição destes sobre aqueles atinentes aos objetivos privados, uma vez assentada sua vocação à garantia da pacificação social⁵.

Em verdade isso, não constituía opinião inédita, porque mesmo antes a doutrina internacional singrara os mesmos mares, revelando juízo similar sobre as virtudes do processo, ligando-o inexoravelmente aos bons propósitos de realização do direito em sua

³Sabidamente, o Código de Processo Civil de 1973 foi erigido sobre um patrimonialismo individualista próprio do final do Século XIX e início do Século XX, já nascendo fora de seu tempo cf. MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo nº 183-2010, Ed. RT, pg. 165-194), uma vez fortemente influenciado pela doutrina italiana de época, trazida à academia brasileira pelas mãos de Enrico Tulio Liebman, por sua vez, ainda, influenciada por Giuseppe Chiovenda, cuja visão intelectual espelhava a pandectística alemã e os processualistas germânicos daquela época, para os quais o processo tinha um recorte exclusivamente acolhedor de lides transindividuais (cf. TORRES, Arthur Luiz Pereira. *Do individualismo ao coletivismo no processo civil brasileiro*. In www.processoscoletivos.net, acessado em 15.12.2012).

⁴“Importa ainda, através do processo, concorrer para a estabilidade das instituições políticas e para a participação dos cidadãos na vida e nos destinos do Estado. Por esse aspecto, a própria atuação continuada dos preceitos residentes na ordem jurídica estatal constitui elemento político de grande valia. Quando se dizia, sem ressalvas, que o escopo do processo é a atuação concreta da lei, punha-se atenção nos resultados que o processo é apto a produzir em casos concretos, fazendo com que, caso por caso, a vontade da lei fosse realizada. Mas, pensando-se agora no resultado das atividades somadas do Poder Judiciário, tem-se em mira a estabilidade do próprio ordenamento jurídico, que constitui projeção positivada do Poder estatal. (...) Por outro lado, sendo a participação política um dos esteios do Estado democrático, as nações modernas têm consciência da importância de realçar os valores da cidadania – premissa essa que repercute no sistema processual mediante a implantação e estímulo a certos remédios destinados à participação política.” (DINAMARCO, Cândido Rangel – *Instituições de Direito Processual Civil*, Ed. Malheiros, vol. I)

⁵BARBOSA MOREIRA, José Carlos – *As Bases do Direito Processual Civil, Temas de Direito Processual*, Ed. Saraiva, 1.977.

acepção de justiça⁶, idéia que já no ocaso do século XIX transitava entre estudiosos do processo⁷.

O fato é que naquele instante particular, no qual se prenunciavam os estertores e um ciclo marcado pela repressão política e pela depressão do conceito de cidadania⁸, muitas demandas da sociedade civil brasileira se encontravam represadas e agravadas especialmente por uma desigualdade social alastrada em progressão geométrica.

Nesse particular é que o processo, enquanto instrumento – irremovível - de exercício do poder nas democracias⁹, foi objeto de uma observação científica diferenciada, de olhos postos na presumível colaboração instrumental que dele pudesse advir para um reequilíbrio das relações sociais, como ferramenta também essencial à participação democrática, com vistas ao pleno desenvolvimento social e econômico.

⁶“Em relação ao escopo do processo, a mesma idéia exposta por Schönke foi desenvolvida por De Boor (*Rechtstreit, Berlim, 1939*), para quem o escopo do processo é a manutenção da paz jurídica, podendo ainda, ao seu turno, prestar-se a outros fins, entre os quais servir à tutela jurídica do indivíduo, à determinação das normas jurídicas e sua adaptação à vida social em contínua renovação, e também à difusão no povo do conhecimento jurídico. Nesta mesma senda cuidando da relação entre o juiz e a lei, caminhou o pensamento de Lenz (*Neue Grundlagen der Rechtsfindung, Hamburgo, 1940*). Conforme relata Segni no artigo já citado, Lenz aprofunda o contraste entre lei e o que seria o Direito do Estado, concebido este como ordem desejada pelo povo (*Gelebte Ordnung*). Nega que a função do juiz seja a de aplicar a lei, e que pudesse estar o juiz a ela subordinado. O direito, diz, não é a norma, é o princípio vital da sociedade. Dentro dessa perspectiva, o processo se caracteriza como um dos modos pelos quais o Estado exercita seu poder (*Match*), que não é simples exercício de faculdades que lhe cabem enquanto sujeito de direito, mas concreta condição de vida da comunidade; tendo natureza política.” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio – *Novas tendências do direito processual: uma contribuição para seu reexame, Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*, Ed. RT, vol.1).

⁷É o caso de FRANZ KLEIN, por exemplo, que já reconhecia a dimensão social e política do processo, tendo inovado no enquadramento teórico prático dos sentidos da jurisdição (*apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro – *in Do formalismo no processo civil*, Ed. Saraiva).

⁸“A luta pela normalização democrática , pelo Estado Democrático de Direito começara assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI-5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos governadores, em 1982. Intensificara-se quando no ano de 1984 as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta pra Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social...” (SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. Ed. Malheiros, p. 88)

⁹“O processo é o modo pelo qual, no Estado Democrático de Direito, se exerce o poder estatal com vistas a cumprir alguma das atribuições reservadas pela Constituição ao ente Estado. Digo no Estado Democrático de Direito, pois neste, ao contrário do que ocorre nos Estados autoritários ou totalitários, a manifestação do poder estatal não se dá por sobre ou ao largo dos interesses dos indivíduos. Ao contrário, exercita-se considerando tais interesses e se permeando a eles, de modo a se franquear ao administrado a participação, o acompanhamento e a contradição ao agir estatal. Se no Estado não democrático o que importa é a manifestação concreta do poder (o ato administrativo, por exemplo), no Estado de Direito importa também o modo (percurso, motivação, publicidade), pelo qual o poder se manifesta.” (AZEVEDO MARQUES, Floriano – *Ensaio sobre o processo como disciplina do poder estatal, in Teoria do Processo*, Ed. Jvsodidium, 2008)

Claro que também condicionavam as reflexões doutrinárias dos processualistas brasileiros no universo político global, a acentuação do modelo de sociedade de massa que se distinguia pela imposição de uma democracia não mais concebida com vistas à participação individual dos cidadãos nas decisões políticas, mas sim pela disputa efetiva entre grupos de pressão na arena política, dados cuja realidade ensejavam uma reconcepção com vistas à adequação do sistema jurídico, fosse para garantir uma mobilidade social efetiva ou, ao menos, para se evitar a apropriação do Estado por representantes de categorias sociais privilegiadas.

Sob esse ângulo, patenteou-se nas formulações doutrinárias um viés crítico em relação à doutrina processual até então produzida, que não mais poderia se manter num alheamento em relação à complexa realidade social e política de nossa época, cogitando-se, pois, de uma reforma geral, incluída a própria formação dos operadores jurídicos em tempos de intensa alteração¹⁰.

Como se vê, ao cabo dos anos oitenta parte da doutrina processual brasileira já havia se desinibido em relação à associação inevitável entre processo e política, fazendo disseminar argumentos teóricos relevantes sobre a participação democrática pelo processo, aí também já visto como instrumento apto à veiculação de pretensões correlatas à adjudicação do indispensável à materialização de uma democracia social autêntica e inclusiva em relação, sobretudo, a determinados grupos ou categorias de sujeitos¹¹.

¹⁰“Devemos, então, tratar a crise do Direito que, em verdade é, antes de tudo, a crise do processo, com olhos verdadeiramente críticos e realistas, sem perder de vista, no entanto, a premissa de que os fatores que a provocam e a sustentam encontram-se fora de seus domínios; ou decorrem de um descompasso entre as concepções jurídicas ainda dominantes no mundo moderno, embora concebidas para servir a sociedades menos complexas, e a estrutura, as exigências e as aspirações das novas organizações sociais extremamente complexas da sociedade pós-industrial. No fundo não seria o direito processual, como técnica de tratamento de conflitos sociais, que estaria submerso em crise irremediável, e sim a forma tradicional de processo civil, ainda muito ligada e dependente de conceitos e princípios herdados do Direito Romano.” (DA SILVA, Ovídio Baptista – *Democracia moderna e processo civil*, in *Participação e Processo*, Ed. RT, 1988)

¹¹“Acredito que estejamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fa-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger os indivíduos e as coletividades não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado de dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para a realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização de direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito ao mesmo tempo.” (CALMON DE PASSOS, J.J. – *Democracia, participação e processo*, *Participação e Processo*, Ed. RT)

Foi nesse espírito que se erigiu a legislação especial para processos coletivos antes referida, pois as demandas teóricas se voltavam ao atendimento do propósito de se encontrar um veio por onde se pudesse dar trânsito a interesses coletivos e difusos que se encontravam na base de uma litigiosidade contida e de fácil constatação, para os quais os mecanismos então existentes – ação popular e política de proteção ao meio-ambiente– se mostravam ineficientes¹².

2.- A Constituição Federal, o Estado Democrático e o Processo

A promulgação da *Constituição Federal de 1.988*, ponto culminante da redemocratização do país, deu parto a um cenário político-institucional favorável às idéias de um processo civil mais voltado à participação de grupos sociais de todos os estratos, reforçando, sob o prisma específico, a urgência no uso do processo coletivo como meio de distribuição de justiça, fazendo referências específica à tutela de interesses coletivos e difusos por meio da ação civil pública¹³.

Subproduto de um sentimento social prevalecente contra as desigualdades sociais, a Carta Política perfilou o Estado sob os moldes do Estado Social, Constitucional e Democrático de Direito, passo além em relação ao tradicional Estado de Direito, justamente por se estruturar em razão de certos fins, mais identificados com aqueles buscados pelo Estado Social, com os quais em definitivo se compromete.

Nessa linha de orientação, o Estado Social e Democrático de Direito, fundando suas bases na submissão das deliberações públicas à ordem democrática social, acentua a

¹²Naquela quadra assim se manifestava prestigiadíssimo processualista: “A crescente pressão social no mundo do processo impele-o ao reajuste dos instrumentos de tutela, ou ao fabrico de outros, para atender de modo conveniente a interesses, de relevância cada vez maior, que ultrapassam o nível individual, para entender com a vida de comunidades às vezes amplíssimas. De alguns anos para cá vem exercendo atração sobre muitos a problemática referente à proteção jurisdicional desses interesses, ditos “coletivos” ou “difusos”, que para nós se caracterizam pela pertinência a uma série indeterminada (e praticamente indeterminável) de sujeitos e pela indivisibilidade do objeto, com a conseqüente comunhão de destinos dos titulares, tal que a satisfação de um só implica por força a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade...” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos – *Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80: Direito processual civil, in Temas de direito processual, Quarta série*, Ed. Saraiva).

¹³Diz a CF: “Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público:

.....

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio-ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

influência da cidadania em seus destinos por meios de canais institucionalizados, juntando, ainda, àquelas garantias formais do Estado de Direito clássico certos escopos a serem obrigatoriamente perseguidos¹⁴.

Ao assumi-lo como tipo ideal de organização política, o Constituinte foi em busca de somar os benefícios do Estado Constitucional aos prometidos pelo Estado Social, quais sejam, os de corrigir os excessos da economia capitalista e do individualismo econômico por meio da elevação de valores tais como a solidariedade social como modo de garantir igualdade material¹⁵.

Resultou disso, portanto, a eleição de uma virtude primordial a ser respeitada em todos os quadrantes da atuação do Estado, ou seja, sua sujeição absoluta ao princípio democrático, mas levado às suas últimas consequências, pois, como já se averbou: “...a democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, par. único); participativa porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer seu pleno exercício.”¹⁶

Imprimiu-se ao Texto Constitucional, então, um espírito fortemente voltado à promoção de uma convivência isonômica - formal e material- entre os cidadãos, visível

¹⁴Sobre as distinções e evolução para o Estado Democrático de Direito já se disse: “Como não poderia deixar de ser, esse Estado formalista recebeu inúmeras críticas na medida em que permitiu quase que um absolutismo do contrato, da propriedade privada, da livre empresa. Era necessário redinamizar esse Estado, lançar-lhe outros fins; que não desconsiderassem aqueles alcançados, afinal eles significam o fim do arbítrio, mas cumprir outras tarefas, principalmente sociais, era imprescindível.” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Malheiros.)

¹⁵PIZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Trad. Javier Gimenez Campo.

¹⁶SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*, Ed. Malheiros.

pelos compromissos com a lei geral e a justiça social¹⁷ - tanto quanto pela obrigação irrevogável de efetivação da democracia econômica¹⁸ -, do que resultaram reflexos inolvidáveis sob variados aspectos.

Num primeiro deles, anota-se que sendo a solidariedade o elemento característico e essencial desse modelo, surge como efeito imediato dessa opção a constituição de direitos fundamentais sociais - ou culturais e econômicos -, que figuram como balizas e alicerces normativos das promessas de equidade social decorrentes do pacto político, e também para a garantia de um mínimo existencial, capaz de corporificar a idéia da dignidade da pessoa humana como valor essencial e absoluto do sistema.

Nessa medida, acesso à educação, moradia, saúde, ao trabalho, além de outras tantas necessidades humanas do gênero, são categorizadas como direitos, robustecendo a concepção de cidadania e armando a sociedade civil de legítimas, e jurídicas, expectativas, tanto mais por sua ligação com um compromisso estatal vincado pela singular natureza de diretriz fundamental da república, qual seja a de se *construir uma sociedade solidária, livre e justa*¹⁹.

Aliás, essa ética da solidariedade²⁰ guiou o Constituinte todo o tempo, levando-o ao comprometimento com a implementação de meios indispensáveis à garantia da efetividade

¹⁷KRIELLE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado*, Sergio Fabris Editor, Trad. Urbano Carvelli.

¹⁸“O que se propôs na Constituinte de 1.987 foi um processo de transformação do Estado. E com essa noção não se exprimem apenas a sujeição do Estado a processos jurídicos e a realização não importa de que idéia de direito, mas a sua subordinação a critérios materiais que transcendem, principalmente a interação de dois princípios substantivos. O princípio da soberania do povo e dos direitos fundamentais, que está no art. 1º, parágrafo único, incisos I, II e III, é conjugado com a realização da chamada democracia econômica, social e cultural, como objetivo da democracia política, que está também no art. 1º, nos incisos IV e V, e no art. 3º, incisos I, II, III e IV.” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Modelo de Estado e Estado Democrático de Direito na Constituição*, in *Direito Constitucional*, Ed. Manole)

¹⁹Diz a CF: “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, 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.”

²⁰A solidariedade é um princípio ético relevante, assim visto: “Ela é o fecho da abóbada do sistema de princípios éticos, pois complementa e aperfeiçoa a liberdade, igualdade e segurança. Enquanto a liberdade e a igualdade põem as pessoas, umas diante das outras, a solidariedade as reúne, todas, no seio de uma mesma comunidade. Na perspectiva da liberdade e igualdade, cada qual reivindica o que lhe é próprio. No plano da solidariedade, todos são convocados a defender o que lhes é comum. Quanto à segurança, ela só pode

de direitos dessa magnitude, expondo-o ao dever de providenciar, por todos os seus entes e poderes, o quanto seja possível para que não caiam na vagueza puramente simbólica de um texto frio, apreciável, conquanto inócuo, já que inegável sua imediata eficácia²¹.

Noutro giro, mas ainda sobre os reflexos do Estado Social e Democrático de Direito plasmado pelo Texto Constitucional importa sublinhar seu impacto sobre o arranjo institucional, e particularmente no tocante à repartição de poderes e modo de exercício de sua atividade, flancos pelos quais se pode entrever peculiaridades não menos relevantes.

Sob esse ângulo, uma primeira tendência é a da amenização das linhas divisórias entre os poderes, eliminando-se a velha ordem da “separação” com caráter absoluto, já por se sobressair um interesse maior na interação e controle recíproco das atribuições específicas de cada qual.

Democratizar relações, funcionalizando-as para o alcance de uma dilatada igualdade, exige normatização aberta, centrada em conceitos indeterminados e princípios, tanto quanto a ampliação das zonas de controle entre os poderes instituídos, circunstâncias nas quais a tradicional separação entre eles se comprime a um mínimo indispensável.

Aliás, já há tempo que a fórmula endossada pelo Barão de Secondat vem cedendo terreno a realidade institucional dos Estados ocidentais, seja pela premência de respostas administrativas temporalmente mais ajustadas, o que confere aos Executivos atividades puramente legislativas, seja pelo controle político-jurisdicional exercido pelos Legislativos, ou ainda pela tendência dos Judiciários à legiferar incidentalmente.

realizar-se em sua plenitude quando cada qual zelar pelo bem de todos e a sociedade pelo bem de cada um de seus membros.” (COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*, Ed. Companhia das Letras)

²¹Por isso, não há mais distinguir doutrinariamente os direitos fundamentais, para reconhecer os individuais e políticos como eficazes e os sociais como não justicializáveis, pois: “Em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe (a dos direitos sociais, culturais e econômicos), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A idéia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não jurídica.”(PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos direitos sociais: desafios dos sistemas global, regional e sul-americano*, in *Temas de Direitos Humanos*, Ed. Saraiva)

Sob o ponto de vista doutrinário, a propósito, o esmaecimento dessa diretriz é absolutamente visível, pois, como é possível conferir nas obras de referência: “...essa tripartição não tem rigor necessário para ser acatada como científica. De fato, é fácil mostrar que as funções administrativas e jurisdicional têm no fundo a mesma essência, que é a aplicação da lei em casos particulares. A distinção entre ambas pode estar no modo, no accidental, portanto, já que substancialmente não existe. Por outro lado, a função legislativa não esgota a edição de regras gerais e impessoais. Tradicionalmente inclui-se na função administrativa o estabelecimento de regulamentos, cujo conteúdo são também regras gerais e impessoais.”²²”

Finalmente, é também apreciável uma outra resultante da formulação constitucional do Estado Democrático de Direito particularmente em relação ao Judiciário, uma vez convocada pelo Texto da Carta a uma intensificação de sua atividade, à medida que lhe conferiu espaços mais amplos no controle de atividades administrativas, tanto quanto a submeteu concretamente à persecução do justo em sentido concreto.

Vale dizer, em última análise, que o exercício da jurisdição, agora ambientada no solo fértil de uma estrutura de poder comprometida com a igualdade substancial daqueles que se nutrem de sua atividade, acabou por se contagiar desse propósito, com sacrifício da neutralidade habitual.²³

Dentro das bases filosóficas do novo modelo de Estado – regido pela diretriz da socialidade, a judicatura se exerce sob o influxo de diretrizes jurídico-políticas, já porque vinculada sobremaneira à força dos preceitos indeterminados e princípios e preceitos indeterminados- fundamentos primordiais do atual sistema jurídico, fazendo-se mais inclinada, potencialmente, à realização do justo.

²²FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva.

²³“A harmonia entre poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder, nem sua independência são absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, em busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento de outro e especialmente dos governados.” (Da SILVA, José Afonso. *Op. Cit.*).

Nesse contexto, tornou-se natural uma inclinação do Judiciário para a responsividade, já que na contingência de também agir nos mesmos propósitos augurados pela ordem constitucional, o que redundava em certo, e inexorável, grau de politização de sua atividade²⁴, com os reflexos assim estimados pela doutrina: *“a politização da Justiça, nesse sentido, é diferente da politização do Legislativo ou do Executivo. Diante de um Judiciário netralizado, aqueles dois poderes produzem normas mas não criam o direito. O poder político valoriza e desvaloriza direitos, ao alterar-lhes a força de obrigatoriedade. Pode até usar e abuser deles. Os produtos normativos oferecidos pela atividade política do Legislativo e do Executivo não passam, porém, de mercadorias: têm valor de uso e de troca, mas não têm valia, isto é, não têm valor em si. A neutralização política do Judiciário é que institucionalizava a prudência como uma espécie de guardião ético dos objetos jurídicos. Ora, com a politização da Justiça tudo passa a ser regido por relações de meio e fim. O direito não perde sua condição de bem público, mas perde o seu sentido de prudência, pois sua legitimidade deixa de repousar na concórdia potencial dos homens, para fundar-se numa espécie de coerção da eficácia funcional. Ou seja, politizada, a experiência jurisdicional torna-se presa de um jogo de estímulos e respostas que exige mais cálculo do que sabedoria. Segue-se daí uma relação tornada meramente pragmática do juiz com o mundo. Pois vendo ele o mundo como problema político, sente e transforma sua ação decisório em pura opção técnica, que deve modificar-se de acordo com os resultados e cuja validade repousa no bom funcionamento.”*²⁵

Sem embargo da concordância ou discordância em relação a essa visão, é inelutável a transformação da jurisdição diante do cenário constitucional, notadamente no nível de seu comprometimento com o viés político de seu exercício.

²⁴“A função política do Judiciário deriva de sua própria inserção no Estado. Seus desafios são hoje, em boa parte, os mesmos desafios com que se defrontam os outros poderes. Sua reforma e reorganização pode ser vista sobretudo como problema político, mais do que problema de reaparelhamento. Organizar a Justiça exige condições materiais: ao permitir que ela viva desaparelhada o Estado manifesta seu descaso típico para com todos os serviços devidos aos cidadãos, em especial os devidos às classes populares. Educação, saúde, transporte, moradia e justiça são os serviços devidos a nível de consumo coletivo, e foram pouco a pouco abandonados porque são formas de redistribuição de renda capazes de desviar uma parcela da poupança social para áreas imediatamente improdutivas, isto é, para áreas de reprodução de mão-de-obra.(...) Existem outros desafios do Judiciário. O primeiro é, sem dúvida, o acesso das classes populares à justiça: tal acesso não se resolve apenas com a ampliação física dos serviços da justiça, mas exige, progressivamente, alterações no modo de encarar a função judiciária e o próprio Direito.” (LIMA LOPES, José Reinaldo. *A função política do Poder Judiciário*, in *Direito e justiça: A função social do Judiciário*, Ed. Ática)

²⁵FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?*, in *Revista USP – Dossiê do Judiciário*, EDUSP.

3.- Os direitos sociais, a inclusão social e o processo coletivo

Conforme se sabe, a previsão constitucional dos direitos sociais asoberba o poder público com a obrigação de, em acatamento aos seus termos, agir no sentido da conversão da previsão normativa em realidade, planificando e estruturando ações no sentido de pô-los ao alcance imediato da cidadania por meio de instrumentos eficientes.

A gestão da coisa pública, aliás, açulada pelos preceitos de que a Carta se forrou em dispositivo específico²⁶, reclama contínua e hábil intervenção com vistas ao atendimento desses direitos por meio de políticas públicas sociais adequadas, a serem concebidas e implementadas a despeito das eventuais limitações, sobretudo as orçamentárias.

Note-se que as obrigações que lhe tocam assomam a condição de dever jurídico e constitucional de correção das desigualdades²⁷, imposto por diretriz específica e com margens apertadas de discricionariedade político-administrativa – quando as tem -, pese embora as dificuldades intrincadas da escassez de recursos financeiros.

O confronto desses fatores faz destacar a probabilidade da omissão governamental abusiva, a configurar ameaça à efetividade de direito fundamental, o que, de seu turno, também implica violação ao postulado do acesso à justiça e atrai a intervenção do Judiciário como elemento mediador do conflito e, sobretudo, como garante da eficácia da constituição material e formal.

Fiador das promessas estabelecidas no pacto político, e tendo diante de si o repto da inafastabilidade de sua ingerência na hipótese de ameaça, ou a violação em si, de direitos individuais ou coletivos²⁸, ele não pode rechaçar o arbitramento de demandas dessa natureza, e, antes, vê-se compelido a decidi-las judiciosamente.

Naturalmente, sua provocação se desenvolve por intermédio de meio processualmente idôneo à obtenção de resultados desejados, o que, por óbvio, somente se

²⁶Art. 37, CF.

²⁷Art. 3º, I, CF.

²⁸Art. 5º, XXXV/CF.

pode dar via ação coletiva, até pelo caráter mandamental e subjetivamente abrangente de seus decisórios, mais afinado aos propósitos dos titulares dos interesses em causa, independentemente da parte eventualmente legitimada para sua portabilidade em sede judicial.

Aliás, nada reflete com maior clareza o conceito de interesses difusos – pela dispersão, indivisibilidade e indisponibilidade - como aqueles extraídos de circunstâncias que agravem a situação de grupos de indivíduos aos quais se tenha negado acesso a qualquer direito social, tal como saúde, educação etc.

Essa busca pela intervenção judicial no cenário político com pretensões de correção das desigualdades sociais já era, desde o final da década de oitenta, perscrutada por setores doutrinários empenhados no desenvolvimento da idéia de acesso à justiça, quando, por exemplo, figura de destaque nesse grupo observou que “...têm sublinhado os cientistas políticos, com inegável acerto, a ineficácia da estratégia adotada pelos ocupantes do poder na tentativa de administrar tais contradições sem qualquer reforma estrutural. A estratégia tem consistido, basicamente, na concessão de novos direitos sociais às classes sociais em geral e em especial às classes desfavorecidas, tudo isso representando um elevado custo para o Estado, que o obriga a intervir mais e mais, sempre com vistas à captação de mais recursos financeiros. Os direitos sociais outorgados como modo de aliviar as tensões sociais têm sido considerados como ponto de referência por parte de segmentos sociais cada vez mais organizados, alguns deles emergentes em data bem recente, como os bóias-frias e os sem-terra agrícolas e urbanos, cujo atendimento reclama do Estado mais gastos e novos expedientes de arrecadação de recursos, que significam mais intervenções na esfera jurídica dos cidadãos. O grave é, porém, que muitos desses direitos não têm sido honrados, de todo ou parcialmente (confira-se, por exemplo, o que tem acontecido na área previdenciária e de infortunistica), o que tem gerado conflitos de interesses, muitos dos quais encaminhados ao Poder Judiciário.”²⁹

Acentuado que acesso à justiça deveria expressar um conceito mais abrangente do que aquele decorrente de uma análise superficial, tornando-se, então, direito de *acesso a*

²⁹WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*, in *Participação e processo*, Ed. RT.

*uma ordem jurídica justa*³⁰, emerge o corolário natural da busca popular pela atividade jurisdicional como forma de, por um lado, garantir a participação de classes mais afastadas da sociedade na edificação e garantia de seus direitos, e, por outro, sanar as falhas e omissões da Administração Pública no desempenho da tarefa de salvaguardar o mínimo existencial, pressuposto do preceito da dignidade humana.

O aspecto inovador para a época condizia com a adoção do processo, e em particular do processo coletivo, como meio de participação política ao qual se engajariam os movimentos sociais portadores de interesses transitáveis nessa via, produzindo salutarmente a politização da justiça, uma vez entregue ao Judiciário um papel mais ativo e diferenciado no contexto da velha tripartição de poderes³¹.

Uma vez mais, e de certa maneira, o processo passou a ser encarado também como mecanismo propiciatório de inclusão social, e por meio da justiciabilidade dos direitos sociais, abrindo-se, assim, um espaço extraordinário para a obtenção de condições objetivas e indispensáveis à dignidade, como o acesso à moradia, à saúde, educação e alimentação o que de algum tempo já vinha se constituindo uma preocupação dos processualistas em geral, notadamente em relação aos denominados processos de massa enquanto meio para a garantia da cidadania.³²

³⁰*Op. Cit.*

³¹“Encerrando esse tópico, queremos dizer que a tripartição das funções estatais em nossos dias não é um dogma, e sim uma proposta de trabalho, que é colocada à prova todos os dias: sua higidez depende de que cada um dos Poderes se desincumba satisfatoriamente de suas atribuições, para que daí resulte uma harmonia geral. E, de todo modo, a sociedade civil não é mais mera expectadora do que se passa na vida pública, e esta quer e pode participar; é a democracia participativa, decorrente (e justificada) do fato da *insufficienza del monopolio statale nella cura degli interesse a dimensione superindividuale*. O princípio dessa participação, explica Vincenzo Vigoriti, *si pone da um lato, come mezzo e strumento attraverso cui si cerca di offrire risposta ad istanze nuove altrimenti destinate a rimanere inascoltate (e quindi inaspirsi e a trasformarsi in motivo de crisi) se obbligate a cercare e seguire i canali tradizionali dela democrazia rappresentativa; dall altro, si presenta come fine a cui tendere, obiettivo dell’azione di tutti i poteri della Repubblica.*” (MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública: instrumento de participação, in Participação e processo*, Ed. RT.)

³²O processo de massa já era objeto de preocupação até para se permitir um melhor acesso dos pobres à justiça, colhendo-se na doutrina opiniões relevantes a respeito, tais como: “O primeiro ponto que se deve ter presente quando se considera o fenômeno processual é o de que ele representa hoje um verdadeiro fenômeno social de massa. Há, todavia, lamentavelmente, muitos processualistas que ainda não se deram conta desse fato: seu tempo e suas energias são gastas no exame de problemas abstratos e dogmáticos que podem servir para gerar livros, mas não para compreender e para melhorar o fenômeno social do processo.(...) Como fenômeno social de massa o processo exige um tratamento social, se é verdade que a característica do Estado moderno é a de ser, ou de querer ser, um Estado Social de Direito, baseado justamente no que os constitucionalistas chamam ‘ o princípio do Estado Social ‘ , princípio que se reflete, por exemplo, no art. 3º

O momento histórico destacado, vale enfatizar, coincidia no direito brasileiro com o ponto em que a denominada escola processual de São Paulo já redimensionava a teoria geral na perspectiva de se reconhecer a urgência na conversão do processo em instrumento com fins também políticos e éticos, o que se vê em manifestações de juristas participantes dos debates em torno do tema, que já davam por certo o fechamento de um ciclo da ciência processual para o início de outro àquela altura, pois “...*estava preparado o terreno para mais um passo do processualistas rumo ao superamento das colocações puramente técnico-jurídicas da fase conceitual do direito processual. Esse passo foi dado, e os processualistas de última geração estão hoje envolvidos na crítica sociopolítica do sistema, que transforma o processo, de instrumento meramente técnico, em instrumento ético-político da atuação da justiça substancial e garantia das liberdades. Processo esse que passa a ser visto em total aderência à realidade sociopolítica a que se destina, para o integral cumprimento da sua vocação primordial, que é a efetiva atuação dos direitos materiais. Todo sistema processual passa, assim, a ser considerado como instrumento indispensável para atingir os escopos políticos, sociais e jurídicos da jurisdição; e a técnica processual como meio para a obtenção desses objetivos.*”³³

4.- A Jurisdição e a justiciabilidade dos direitos sociais

A partir de então o Judiciário passa a ser percebido como uma alternativa, uma nova arena política, tornando-se referência para os movimentos sociais e outros atores legitimados à portabilidade de interesses coletivos, passando a ser instado com maior frequência a realizar intervenções destinadas ao estabelecimento ou correção de políticas públicas na omissão dos demais poderes.

Os movimentos sociais organizados em torno das lutas em prol da moradia, da educação, da saúde pública etc., agitam suas pretensões por meio de bem aviadas ações

da Constituição italiana.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad*, Ed. Juridicas Europa America)

³³GRINOVER, Ada Pellegrini. *Modernidade do direito processual brasileiro*, in *O processo em evolução*, Forense Universitária.

coletivas, oferecendo oportunidade a que a atividade jurisdicional passa à condição de aliada na conquista dos respectivos interesses³⁴.

³⁴Exemplificamente: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE DE ALUNOS DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que “[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[...]. 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 essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”. (RE 603575 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-05 PP-01127 RT v. 99, n. 898, 2010, p. 146-152)”

(2) – “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ARTS. 127 E 129, III E IX, DA CF. VOCAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RELEVÂNCIA PÚBLICA. EXPRESSÃO PARA A COLETIVIDADE. UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS E MECANISMOS DAS NORMAS QUE COMPÕEM O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. EFETIVA E ADEQUADA PROTEÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da CF).

2. “São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas” (art. 129 da CF).

3. É imprescindível considerar a natureza indisponível do interesse ou direito individual homogêneo - aqueles que contenham relevância pública, isto é, de expressão para a coletividade - para estear a legitimação extraordinária do Ministério Público, tendo em vista a sua vocação constitucional para a defesa dos direitos fundamentais.

4. O direito à saúde, como elemento essencial à dignidade da pessoa humana, insere-se no rol daqueles direitos cuja tutela pelo Ministério Público interessa à sociedade, ainda que em favor de pessoa determinada.

5. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de “propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83 do CDC).

6. Recurso especial provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública.

(REsp 695.396/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011)”

O próprio Ministério Público, de outra parte, revigorado por um texto constitucional que o reedifica em termos estruturais e funcionais, passa a brandir pretensões relativas a interesses coletivos atinentes a direitos fundamentais sociais, legitimado pelo constitucionalizado compromisso de zelar pela ordem jurídica e pelo regime democrático³⁵.

Assentado em convicções relativas a seu posicionamento constitucional como órgão autônomo em relação ao concerto dos três poderes³⁶, e enraizado à representação da sociedade civil, e não do Estado, o *parquet* também se lança ao terreno da busca pelo atendimento judicial aos direitos sociais.

Os litígios com esse propósito evoluem, acarretando à máquina judiciária uma acumulação de trabalho, mas, para além disso, indicando dificuldades estruturais para solvê-los de maneira conveniente, sem embargo, ainda, do enfrentamento de óbices operacionais, pois sob o ângulo eminentemente processual, não se tratam de hipótese de adjudicação comum de direitos.

Nestes passos, assiste-se em relação a isso uma alteração de postura dos magistrados, e, por assim dizer, da urgência de um certo cálculo político ao decidirem, por terem passado literalmente à realização da justiça dinâmica, de caráter prospectivo, o que sugere desde logo uma série de questões postas a debate.

O quadro posto, por sinal, não escapou à investigação de pesquisadores de áreas correlatas à relativa ao direito processual, já em razão da expansão do fenômeno e da previsibilidade de circunstâncias novas a serem enfrentadas no exercício da jurisdição, matizadas pela constitucionalização e sua consequente politização evidente.

³⁵ “Art. 127: O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” (CF/88).

³⁶ “A opção do constituinte de 1988 foi, sem dúvida, conferir um elevado status constitucional ao Ministério Público brasileiro, quase o erigindo a um quarto-Poder; desvinculou a instituição dos Capítulos do Poder Legislativo, do Poder Executivo, do Poder Judiciário; (...) De qualquer forma, porém, como já antecipamos, a solução que sempre nos pareceu melhor, justamente para contribuir de forma pragmática para esse desiderato de autonomia e independência da instituição, não seria erigir o Ministério Público um quarto-Poder, nem colocá-lo dentro dos rígidos esquemas da divisão tripartite atribuída a Montesquieu, mas sim inseri-lo em título e seção própria da Constituição.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*, Ed. Saraiva.)

Essa mudança de papel dos juízes foi analisado por excelentes acadêmicos especializados na sociologia jurídica, que enxergaram nesse fenômeno a presença de circunstâncias que promoveriam alterações relevantes no modo de ser da atividade jurisdicional, colhendo-se entre elas, por exemplo, afirmações no sentido de que “...o mesmo se diga quanto aos direitos sociais, ou seja, os ‘direitos à’. Inobstante a discussão sobre a adequação ou não do Judiciário para a tutela do direito a políticas públicas, a ser retomada no texto, e que será especificamente desenvolvida neste livro por José Reinaldo Lima Lopes, adiante-se desde já que os novos atores não demonstram a menor disposição, num país iniquitatório como o Brasil, de livrar o Estado das obrigações decorrentes da cidadania social. Portanto, os setores mais fragilizados da sociedade - com menos capacidade de conflitos, organização e luta pela garantia de seus direitos - continuarão vindo na magistratura, cada vez mais, uma instituição para a afirmação de seus direitos. For a do âmbito dos direitos individuais e coletivos, ou seja, no plano da regulação jurídica estatal, os movimentos sociais ainda poderão vislumbrar no Judiciário, nesse processo de redefinição de poderes, não um órgão de Estado, mas sim da sociedade civil. Nas palavras de Luigi Ferrajoli, delineia-se um novo juiz, ‘tutor e garante dos cidadãos contra os poderes, quer públicos, quer privados, e vinculados à soberania popular por dois caminhos: a garantia dos direitos fundamentais, formalmente enunciados na Constituição mas materializados pelas reivindicações individuais e sociais; e a crítica popular às disposições ilegítimas muitas vezes utilizados pelos próprios juízes.’³⁷”

Nessa perspectiva, o que sobressai é o peso do papel a ser desempenhado pelo Judiciário nessa matéria – garantia dos direitos fundamentais –, especialmente frente ao chamado que recebe para a leitura moral das instituições jurídicas, mesmo quando se lobra a desestruturação do Direito³⁸ e a fragmentação do papel do Estado, já que envolvido diretamente na tarefa de obstruir a fragilização da cidadania, viabilizando, por meio da atividade jurisdicional, a conquista de espaços de maior influência e participação nas deliberações públicas relativas a essa matéria³⁹.

³⁷CAMPILONGO, Celso. *Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*, in *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, Ed. Malheiros.

³⁸Emprega-se a expressão no sentido que lhe dá EROS GRAU em ensaio sobre o assunto, significando a dissociação entre o direito formal e a realidade e suas exigências ético-morais (*A dupla desestruturação do direito*, in *O direito posto e o direito pressuposto*, Ed. Malheiros.)

³⁹“A magistratura ocupa uma posição singular nessa nova engenharia institucional. Além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais.

E essa nova realidade em que o Judiciário foi mergulhado, realmente, proporcionou nova dimensão à sua atividade, à medida que o envolveu com a necessidade de gerir conflitos coletivos em ótica distinta daquela à qual estava habituado, pois teve de passar a apreciar hipóteses a partir de padrões jurisdicionais típicos da justiça distributiva, vale dizer, de caráter prospectivo, abrindo-se espaço, inclusive, para a própria concepção do direito⁴⁰.

Esse diagnóstico é revelador no tocante aos questionamentos a serem feitos diante do novo arranjo constitucional, particularmente no tocante à divisão de poderes, com repercussões, afinal, sobre o processo civil, haja vista o inevitável reflexo sobre o processo civil, que gira em torno de instituição que lhe é seminal, ou seja, a jurisdição, certamente afetada por paradigmas ora diferenciados frente aos originalmente acatados pela doutrina convencional.

E isso é visível sem grande esforço, pois, difícil negar que “...a alteração do perfil dos conflitos no Estado-providência, de um viés individual para um acento coletivo de massificação das demandas sociais, traz para o Judiciário uma situação inusitada e

Mais ainda: o juiz passa a integrar o circuito de negociação política. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar os processos de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva.” (*idem*)

⁴⁰“ A tradição liberal novecentista levou a uma distinção: a justiça comutativa-retributiva tornou-se uma questão de direito e a justiça distributiva tornou-se política. A distinção, de certo modo, sempre existiu. A diferença entre fazer regras que serão aplicadas e aplicar as regras já feitas equivale, de certa forma, à distinção entre política e direito, que hoje se faz vulgarmente. Tal distinção está em crise. Em primeiro lugar existe uma esfera do direito em que tradicionalmente a fronteira se esfuma: é o campo do direito constitucional. Saber o que exatamente diz a regra constitucional em cada caso é uma tarefa ao mesmo tempo de aplicação da regra já existente (a constituição) e de formulação de uma nova regra, pois em caso de dúvida, a interpretação equivale à criação da regra. Se um órgão jurisdicional pode, em última instância, interpretar a Constituição, sua tarefa é constitutiva do direito, sua tarefa é soberana. (...) Nas últimas décadas houve expansão dos textos constitucionais, com elevação de diversos temas à categoria de direitos constitucionais. No Estado do bem – estar os direitos sociais vêm se juntar aos direitos individuais. No Brasil particularmente assistimos a duas ondas de judicialização: conflitos envolvendo novos direitos (moradia e reforma agrária, por exemplo) e conflitos envolvendo a efetiva aplicação dos antigos direitos a novos contextos (luta contra discriminação étnica, de cor, sexual – de mulheres e homossexuais -, religiosa, política). O que está em jogo é o conjunto de instituições básicas da sociedade: leva-se ao Judiciário o conflito entre projetos distintos de instituição social, uns conservando as discriminações sociais e pessoais, outros propondo uma sociedade menos excludente e opressiva. Em outras palavras, o processo de judicialização dos conflitos no Brasil está atravessado por demandas de justiça dinâmica (alteração de regras), algo que só pode ser realizado judicialmente na esfera da constitucionalidade das leis, atos e políticas públicas.” (LOPES, José Reinaldo Lima. *Justiça e poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição*, in *Revista USP, Dossiê Judiciário*)

paradoxal, na medida que a compreensão dos conflitos, sob a égide do direito liberal individualista, conduz a uma reiterada produção de decisões em descompasso com as expectativas sociais coletivas que se formam no processo da aplicação das leis pelo Judiciário - acentuando gradativamente a esclerose funcional de suas atividades – a necessidade de legalização de novos conflitos pelos movimentos sociais, os leva a fazer da instância judicial o interlocutor privilegiado de suas estratégias políticas de reconhecimento institucional de direitos. Fazem do Judiciário, nessa medida, canal de acesso do sistema jurídico à captação e cognição desses novos conflitos, os quais, a não ser assim, permaneceriam à margem do sistema político-decisório.⁴¹”

5 - Implementação judicial de políticas públicas e efetividade de direitos sociais hoje

Como foram se multiplicando as demandas coletivas em busca da implementação de políticas públicas sociais, patrocinadas por movimentos sociais, Defensoria Pública e Ministério Público, o tema passou a ter um destaque particular nas pesquisas e trabalhos acadêmicos de um tempo a esta parte, sob uma série de enfoques.

Em realidade, a complexidade do assunto se relaciona com os limites e possibilidades da adjudicação de pretensões nesse sentido pela via processual, sobressaindo-se neste particular um repertório de indagações com inolvidável pertinência.

Desde o momento em que se deu a intensificação da procura do Judiciário para essa finalidade, alguns setores doutrinários já se encarregavam de trazer à tona os questionamentos acerca de sua viabilidade⁴², levantando problemas relativos ao alcance da decisão, uma vez expandidos os efeitos da coisa julgada em matéria de ação coletiva, tanto quanto atinentes à própria legitimidade dos magistrados, não eleitos pelo povo, para promoverem deliberações públicas, de largo alcance político, e ainda matéria relativa à necessidade de provocação dos interessados, que poderiam, em tese, construir

⁴¹RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e Processo: razão burocrática e acesso à justiça*, Ed. Max Limonad.

⁴²LOPES, José Reinaldo Lima. *Op. Cit.*

jurisprudência em favor de certos grupos, mais aptos economicamente, para o acesso à justiça, em detrimento de outros grupos de pessoas sem as mesmas condições materiais.

A crítica inicial, fundada em argumentos que tais, aos poucos foi se aprofundando, chegando-se à discussão acerca da própria existência de interesse processual para demandas dessa natureza uma vez duvidosa a eficácia ou realizabilidade dos direitos sociais já que assentados sob moldes normativos programáticos.

Nesse particular, instalou-se desde sempre uma controvérsia a respeito da eficácia plena das normas atinentes aos direitos culturais e econômicos, sobretudo em razão dos custos de sua implementação, o que faria surgir, por decorrência, uma natural obstrução à sua imediata e plena exigibilidade.

Óbvio que essa dúvida tem sido paulatinamente superada, situação favorecida pela compreensão natural acerca da magnitude desses direitos e a imprescindível obrigatoriedade de sua concretização pelo Estado, tanto mais quando a Carta enuncia seu compromisso irrevogável de construir uma sociedade justa, livre e solidária, na qual haja a plena erradicação da pobreza, com redução das desigualdades⁴³.

Felizmente já se contabilizam opiniões consistentes sobre a justiciabilidade desses direitos, já porque “...os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais. O Estado, através de leis, atos administrativos e da criação real da instalação de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas ‘políticas sociais’ (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos. As chamadas 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

⁴³Art. 3º, CF.

*recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretivas, mas constituem Direito diretamente aplicável.*⁴⁴”

Nada obstante, também outros pontos sensíveis são alvo de abordagens recorrentes, tais como o tocante à disponibilidade financeira, uma vez atrelada a Administração aos lindes orçamentários enquanto o atendimento a obrigações de universalização da igualdade reclamada pelos direitos sociais, culturais e econômicos impõe custos elevados, exigindo uma racionalização, um planejamento, com escolha sempre complexa de alternativas mais convenientes para cada hipótese.

A denominada *reserva do possível*, exceção material originada do direito germânico, invocada em diversificadas lides dessa natureza, passa a se constituir um foco de atenção, uma vez que seu manejo isenta a Administração de virtual responsabilidade, emergindo a necessidade de seu estudo à luz do sistema jurídico nacional para se determinar, com maior precisão, as hipóteses em que seria indispensável sua consideração efetiva⁴⁵.

Outros pontos não permaneceram à margem dos debates frutificados do interesse acadêmico pelo assunto, incluindo-se aí os pertinentes a outros limites entrevisíveis nessa disputa entre a sociedade, e seu interesse na efetivação de direitos sociais, e o Estado, com suas limitações e prerrogativas, entre estas, por sinal, aquela atinente à *discrecionabilidade política*.

Nesse tópico, aliás, o embate se agudiza, já que posto em causa nesse cenário um dos núcleos principais da controvérsia, em que se destacam aspectos tais como a existência ou não de um monopólio da política entregue, na partilha de poderes, a o Legislativo e Executivo, mantendo-se à margem disso o Judiciário, o que determinaria um limite para sua intervenção controladora.

⁴⁴KRELL, Andreas. *A efetividade dos direitos sociais no Brasil, in Direito constitucional em evolução*, Ed. Juruá.

⁴⁵Entre as diversas posições se destacaram desde sempre aquelas que simplesmente ignoram o limite financeiro nesses casos, salientando: “O equilíbrio orçamentário mediante trato harmonioso entre a estruturação adequada do Sistema Tributário Nacional e o uso racional das finanças públicas é tarefa exclusiva do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Caso o Poder Judiciário absorva as injunções econômicas do orçamento como critério para concessão dos direitos fundamentais estará se desviando dos objetivos do Estado e, por via de consequência lógica, perdendo sua independência institucional.” (CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*, Ed. Saraiva)

É a quadra em que alguns lançam à teia intrincada dos argumentos usualmente colacionados a dúvida sobre a própria sindicabilidade das omissões dos poderes encarregados de revestir os programas constitucionais de estruturas normativas apropriadas à exigibilidade técnica dos direitos neles insertos, sobretudo ao atribuírem aos atos constituídos para essa finalidade a qualidade de atos políticos, e, portanto, infensos à judicialização.

Malgrado essa modalidade de argumentação padeça o mal de produzir-se mediante uma leitura acrítica do sistema jurídico-constitucional⁴⁶, seu espírito ainda desnorteia por indicar uma certa rebelião face ao fenômeno aparentemente incontável da expansão do direito nas relações sociais, e, sobretudo, da quase supressão do político frente ao jurídico, nessa quase indistinção entre um território e outro, pela obliteração progressiva de suas fronteiras.

O fenômeno, interligado à constitucionalização dos direitos fundamentais, se radicaliza com a fundação do Estado Democrático de Direito, sobretudo com a intensificação do controle de constitucionalidade dos atos estatais, em especial no concernente à virtual omissão, gerando um contexto no qual o convite à expansão do controle judicial por via concentrada ou difusa se prodigaliza. Sobre o tema, aliás, já se disse: *“A ascensão do Judiciário deu lugar a uma crescente judicialização da vida cotidiana e a alguns momentos de ativismo judicial. Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral são decididas pelo Judiciário. Trata-se de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, Executivo e Legislativo, para juízes e tribunais. Há causas diversas para o fenômeno. A primeira é o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve uma certa desilusão com a política majoritária. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas, como aborto e direitos dos homossexuais. No Brasil, o fenômeno assume uma proporção maior em razão de a*

⁴⁶Parece segura a possibilidade de controle jurisdicional mais expandido, inclusive sobre os denominados atos políticos, pois: “...Cretella Júnior, ao alinhar as diversas modalidades de atos administrativos e o comportamento jurídico de controle em relação a cada um deles, permite inferir que a atuação fiscalizadora processual judicial é igualmente admitida em face de atos denominados ‘políticos’, malgrado o grau e conteúdo de discricionariedade a eles inerente.” (PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil*, Ed. Forum)

Constituição cuidar de uma impressionante quantidade de temas. Incluir uma matéria na Constituição significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o Direito, permitindo a judicialização. A esse contexto ainda se soma o número elevado de pessoas e entidades que podem propor ações diretas perante o STF. A judicialização ampla, portanto, é um fato, uma circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro, e não uma opção política do Judiciário. Fenômeno diverso, embora próximo, é o ativismo judicial. O ativismo é uma atitude, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas, quando ausentes ou ineficientes. Exemplos de decisões ativistas envolveram a exigência de fidelidade partidária e a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. Todos esses julgamentos atenderam a demandas sociais não satisfeitas pelo Poder Legislativo. Registre-se, todavia, que, apesar de sua importância e visibilidade, tais decisões ativistas representam antes a exceção do que a regra. A decisão do STF sobre as pesquisas com células-tronco, ao contrário do que muitas vezes se afirma, é um exemplo de autocontenção. O Tribunal se limitou a considerar constitucional a lei editada pelo Congresso.⁴⁷”

Mas, mesmo em se admitindo a plena factibilidade da hipótese, abertura concedida pelo próprio encarregado da guarda da Constituição⁴⁸, ainda outros problemas se colocam, notadamente no tocante à construção teórica não agressiva em relação à desejável harmonização entre os poderes no exercício das respectivas competências, o que supõe a localização do ponto de arquimedes apropriado às circunstâncias, pois inegável a

⁴⁷BARROSO, Luis Roberto. *Direito e política: a tênue fronteira*, in www.osconstitucionalistas.com.br, acessado em 15.10.2012.

⁴⁸“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, item nº 5, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside primariamente nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer com tal comportamento, a eficácia e a integridade dos direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdos programáticos. Cabe analisar, presente esse contexto, consoante já proclamou esta Suprema Corte, que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política, 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 do Estado.’ (MIN. CELSO DE MELLO, ADPF nº 45-9, STF, RTJ 175/1212/1213).

insuficiência do Judiciário, em termos de meios, quanto à solução segura à variada gama de pretensões possíveis nessa matéria.

Por isso mesmo autores⁴⁹ que se dedicam à análise percuciente do problema sugerem a fórmula baseada no princípio da razoabilidade ou no preceito da proporcionalidade, para nortear a autocontenção do Judiciário frente a pleitos dessa natureza, evitando-se, dessarte, o abuso na judicialização de questões políticas.

Claro que se trata de critérios aceitáveis, mas, é de se convir, não objetivos o suficiente para garantir de modo satisfatório as divisas exatas, ou melhor, os limites indiscutíveis da atividade judiciária nesse campo, o que, em termos de segurança jurídica, poderia depor contra o que se pode aspirar diante dos cânones do sistema.

As dúvidas, note-se, não são poucas, abrangendo aquelas relativas à preocupação com a própria desnaturação do Judiciário, convertido, no limite – e ante a ausência de marcos divisórias precisos para sua atuação –, em ator principal da cena política, em prejuízo de sua neutralidade ou imparcialidade, com redução dos demais encarregados da tríade mostesquiana à condição de coadjuvantes e, por que não dizer, de meros expectadores privilegiados, subordinados às suas deliberações.

Sob o impacto disto, por sinal, há quem busque pontos de apoio um tanto mais concretos para balizar a intervenção jurisdicional, restringindo a possibilidade a hipóteses de notória omissão dos demais poderes constituídos em relação a políticas garantidoras do denominado mínimo existencial.

⁴⁹“Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que, por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela constituição. E assim estará apreciando, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público. E por parte do Poder Público, a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada. Conforme afirma Eurico Ferraresi, ‘vale dizer que quando se discute atividade discricionária discute-se opções que devem ser tomadas pelo agente público, de forma equilibrada e harmoniosa (...) Evidentemente, o juiz não apenas pode como deve verificar se a escolha feita pelo administrador público respeitou os ditames legais. O que não pode ocorrer é a alteração da escolha feita pelo agente público quando ela não se afigure inapropriada. No momento em que o ordenamento jurídico permite ao agente público atuar com determinado campo de independência, permite-se, discricionariamente, a revisão judicial apenas nos casos em que a escolha seja desarrazoada..” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional das políticas públicas*, in *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Ed. Gen-Forense)

Considerando o *mínimo existencial* como aquele repertório de direitos imprescindíveis a um mínimo de dignidade, ou seja, a alimentação, a moradia, a saúde etc., esse pensamento o consagra como pressuposto da intromissão judicial na arena política, para propiciar uma adjudicação de direitos com ele compatíveis, passando ele à condição de critério fundamental para a autocontenção.

Fundando-se nesse espírito, há quem submeta a justiciabilidade dos direitos sociais pelo Judiciário a uma dupla exigência, ou seja, fincar-se a pretensão em direito acinturado pelo mínimo existencial ou aquele alicerçado em norma minimamente concreta, assim se expressando: *“Com base nas ponderações acima transcritas Podemos estabelecer as seguintes Conclusões: (a) os direitos fundamentais sociais, sob a perspectiva da justiciabilidade imediata, ou seja, a possibilidade de tutela jurisdicional, podem ser distribuídos em três categorias: I – os que correspondem ao núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana e configuram o chamado mínimo existencial; II – os que embora não estejam referidos ao mínimo existencial, estão previstos em normas constitucionais de densidade suficiente, e para isso não são dependentes, para judicialização, de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica; III – os demais direitos fundamentais sociais, previstas em normas constitucionais de cunho programático; (b) São imediatamente judicializáveis, independentemente de definição de política pública pelo Legislativo ou o Executivo, somente os direitos fundamentais sociais pertencentes às duas primeiras categorias da classificação acima mencionada. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais pertencentes à terceira categoria depende de prévia ponderação, por meio de política pública específica, dos demais Poderes do Estado. (c) O conceito de mínimo existencial é dinâmica e evolutiva, varia histórica e geograficamente, presidido pelo princípio da proibição de retrocesso, de sorte que dependendo das condições socioeconômicas do país, direitos sociais fundamentais que não são judicializáveis na atualidade poderão vir a sê-lo no futuro, imediato ou mediato.”*⁵⁰

⁵⁰WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional de políticas públicas – Mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis, in *Controle jurisdicional de políticas públicas*, Ed. Gen-Forense.

Note-se que mesmo aparentemente bem resolvida a equação tocante aos exatos limites da atividade jurisdicional, a solução apregoada não deixa de apresentar focos de incerteza, tanto quanto se vale de um conceito equívoco, de bordas tênues, como é o caso da idéia de *mínimo existencial*, como também se lobriga na proposta uma distinção entre direitos sociais justicializáveis e não justicializáveis, com a abertura de um fosso teoricamente discutível entre as diversas hipóteses de direitos dessa natureza, o que provocaria a naturalização de certa desigualdade que o texto constitucional, por seu intermédio, pretende corrigir.

Atente-se, aliás, para uma certa predominância no terreno doutrinário, notadamente naquele afeito aos temas constitucionais, da óbvia e expressiva eficácia imediata dos direitos sociais, sem prejuízo de sua justiciabilidade⁵¹.

Deve-se ressaltar, a propósito, que o núcleo principal da polêmica segue sendo a compatibilização, ou harmonização, teórica dessa incursão – aparentemente peremptória – do Judiciário na arena política, aspecto no qual o fator capaz de polarizar as atenções da doutrina concerne aos limites da atividade jurisdicional no campo do controle da Administração por seus atos e omissões em relação à implementação de políticas públicas, e em particular no contraste com a discricionariedade político-administrativa.

Cuida-se de identificar, nessa dimensão, o que remanesce de juízo de conveniência e oportunidade do gestor público – caso haja – em sede de escalonamento de prioridades frente às urgências despertadas pela exigibilidade das normas constitucionais que dão origem aos direitos sociais, para em linha de consequência se admitir, ou não, virtual zona de indecibilidade judicial nessa matéria.

⁵¹“Como tantas vezes aqui enunciado, os direitos sociais, como típica emanção, do Estado do Bem-Estar Social, destinam-se a amparar o indivíduo nas suas necessidades espirituais e materiais mais prementes, objetivando resguardar-lhe um mínimo de segurança social, relativamente à saúde, à educação, à assistência social, ao trabalho, ao salário mínimo, à previdência etc., como exigência da própria dignidade da pessoa humana. Por assim dizer, são direitos que têm o propósito de garantir um mínimo necessário a uma existência digna, traduzido na disponibilidade de recursos materiais indispensáveis à satisfação da justiça social. Em razão disso, já sublinhamos, outrossim, que esses direitos dependem, em regra, de prestações materiais positivas do Executivo e de providências jurídico-normativas do Legislativo. Mas nem por isso, conforme ficou consignado, esses direitos deixam de ser imediatamente exercidos.” (CUNHA JR., Dirley. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível*, in *Leituras Complementares de Constitucional*, Ed. Jvspotium.)

Limites da atividade jurisdicional, em outras palavras, são o insumo de recorrentes reflexões em torno do assunto, em busca de se situar o papel do Judiciário – já desprovido de sua habitual neutralidade – nessa nova dinâmica dos conflitos coletivos, seja para lhe outorgar o posto de principal protagonista, ou de mero coadjuvante e facilitador do acesso à justiça nesse campo.

A inclinação ao debate sobre limites da jurisdição, como tendência teórica irreversível no campo do direito processual civil, tem-se feito notar, com observações técnicas de diversos matizes, num cardápio variado de propostas de solução para a re colocação do quadro institucional entre poderes sob regras mais claras e objetivas.

De há muito, por sinal, a urgência em se cuidar do tema sob o ângulo teórico processual vem se sobrepondo às iniciais resistências, sobretudo à vista da disseminação de uma visão constitucionalizada do processo civil, cuja essência é a de nele se l obrigar a condição de instrumento adequado à concretização de direitos fundamentais, tanto quanto mecanismo apto à viabilização de participação política de grupos sociais alijados do processo político.

Incrementa esse pensamento, de modo a evolucionar as bases estruturais e principiológicas da matéria, um certo modo de cultivar o direito constitucional, tendente, como se sabe, à busca de meios adequados à efetivação dos valores constitucionais, independentemente da densidade normativa que possam apresentar, para que se arredem as concepções que lhes atribuam, se tanto, a condição de meras promessas de eficácia pendente.

Como alma dessa acepção *neoconstitucionalista* figura o permanente desejo de resistência aos limites determinados pelos vazios legislativos, vale dizer, ao hiato entre propostas prefiguradas no texto constitucional e a mediação normativa construído pelos poderes encarregados de sua viabilização, de onde se origina, afinal, a prevalência dos princípios e sua conseqüente aplicação direta a situações de conflito.

Malgrado se cuide de opção teórica sujeita a críticas permanentes, por representar, segundo alguns, mera leitura moral do texto constitucional⁵², amplia-se o nível de sua influência, tendo em conta representar alternativa a um certo grau de desesperança nos meios convencionais de tratamento das questões políticas, contagiando a todos a visão concretizadora dos direitos fundamentais que enseja⁵³.

No plano do direito processual, não imunizado frente a essa forte tendência, se fazem sentir as repercussões do neoconstitucionalismo, que nesse campo logra formatar o denominado *neoprocessualismo*, evolução do *instrumentalismo processual*, cujas premissas são, por exemplo, o desenvolvimento da teoria dos princípios e obediência à sua supremacia no âmbito processual, a reelaboração da hermenêutica com reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional⁵⁴.

É diante disso que vem se firmando, com relativa naturalidade, um modelo constitucional de processo civil, saudado por autores em voga como *mecanismo ético-valorativo* apropriado à efetivação de direitos fundamentais, nos quais igualmente se escora em sua estrutura e desenvolvimento, apto a dar à principiologia do Estado Democrático de Direito abrigo e realização, uma vez que: “...a constitucionalização do direito processual civil, por si só, convida o estudioso do direito processual civil a lidar com métodos hermenêuticos diversos – a filtragem constitucional de que tanto falam alguns constitucionalistas – tomando consciência de que a interpretação do direito é valorativa e que o processo, como método de atuação do Estado, não tem como deixar de

⁵²“Mas em todas as hipóteses devemos entender que o neoconstitucionalismo é um sinônimo vago e impreciso do moralismo jurídico e se faz necessário evitar análises que incorrem em simplificações e distorções. O neoconstitucionalismo é uma forma de re(vi)ver uma prática constitucional utilizada há mais de duzentos anos, como (velha) solução para problemas que acompanham o direito desde sua estruturação com base na Constituição. Não seria equivocado dizer que, passado dois séculos, esse conjunto de práticas institucionais e ideologias deveria receber a denominação de paleoconstitucionalismo.” (DIMOULIS, Dimitrius. *Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico*, in *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Ed. Lumen Juris).

⁵³“A expressão neoconstitucionalismo designa o estado do constitucionalismo contemporâneo, que apresenta as características metodológico-formais e materiais. O constitucionalismo atual opera sob três premissas metodológico-formais fundamentais (a normatividade, a superioridade e a centralidade da Constituição) e pretende concretizá-las elaborando técnicas jurídicas que possam ser utilizadas no dia-a-dia da aplicação do direito. Quanto às características materiais, ao menos dois elementos merecem nota: (i) a incorporação explícita de opções políticas e valores no texto constitucional e relacionados com a dignidade humana e os direitos fundamentais; (ii) a expansão de conflitos entre opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.” (BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas*, in *Leituras Complementares de Constitucional*, Ed. Juspodivm).

⁵⁴DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, Ed. Juspodivm.

ser, em igual medida, valorativo, até como forma de realizar adequadamente aqueles valores: no e pelo processo. A dificuldade reside em identificar adequadamente estes valores e estabelecer parâmetros os mais objetivos possíveis para que a interpretação e a aplicação do direito não se tornam aleatórias, arbitrárias ou subjetivas. A neutralidade científica de outrora não pode, a qualquer título, ser aceita nos dias atuais; não desde a perspectiva aqui proposta.⁵⁵”

Avulta-se, por conseguinte, a influência do sistema constitucional sobre o processual, e a modo de lhe cooptar e o convocar à obediência de premissas mais amplas, como a concernente à realizabilidade de direitos fundamentais, submetendo a própria atividade jurisdicional a uma transformação, à medida que por seu intermédio se materializa também o direito, ainda que isso possa não ser entendido como meio de sua criação⁵⁶.

De qualquer sorte, nesse contexto em que se firma a alternativa da democracia através do direito⁵⁷ - via dirigismo constitucional - decisões judiciais atinentes à implementação de políticas públicas têm redundado em acertos, à medida que permitiram o acesso à ordem jurídica justa e concretizaram direitos de cariz constitucional - até mesmo quando ausentes regras regulamentadoras - de modo a atender inclusivamente grupos sociais sem qualquer alternativa. Nada obstante, deu-se concomitantemente a expansão de uma prática judiciária que vez ou outra desborda de seus convenientes limites, criando uma atmosfera inóspita aos termos do preceito da *segurança jurídica*.

Óbvio que se fala do denominado *ativismo judicial*, que dá proeminência político-jurídica aos juízes, incentivando-os à escolhas públicas e gizamento dos contornos de

⁵⁵BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1, Ed. Saraiva.

⁵⁶“Nas situações de declaração de inconstitucionalidade, na de controle de inconstitucionalidade por omissão e de tutela de um direito fundamental diante de outro em um caso concreto, também não se pode falar de criação do direito pelo juiz, embora a situação seja certamente mais delicada. Esses três casos, se não permitem a conformação da norma geral à Constituição, conferem ao juiz a possibilidade de fazer valer a Constituição mediante a eliminação da norma constitucional, do preenchimento do vazio normativo que impede a tutela do direito fundamental e da proteção de um direito fundamental que se choca com outro em um caso concreto. Em nenhuma dessas situações o juiz cria o direito. A jurisdição apenas está zelando para que os direitos sejam tutelados de acordo com as normas constitucionais, para que os direitos fundamentais sejam protegidos e efetivados, ainda que ignorados pelo legislador, e para que os direitos fundamentais sejam tutelados no caso concreto mediante a aplicação da regra de balanceamento.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, Ed. RT.)

⁵⁷STRECK, Lênio. *Um balanço hermenêutico dos vinte anos da Constituição do Brasil: ainda o positivismo*, in *Constituição e efetividade constitucional*, Ed. Juspodivm.

direitos, apesar de um incontornável toldamento de sua visão no tocante às repercussões sociais, econômicas, e até mesmo políticas, do ato decisório.

Neste ponto, vale dizer, há um plausível questionamentos sobre os riscos de decisões de sentido contrário aos parâmetros de uma justiça distributiva eficiente e parcimoniosa, com ameaça concreta ao equilíbrio das bases sobre as quais se assenta o próprio regime democrático⁵⁸.

A partir de uma preocupação com os valores centrais do sistema político, setores da doutrina questionam a absorção sem peias da alternativa do ativismo judicial, mesmo quando utilizado ao fundamento da concretização de direitos fundamentais, já porque se opera por seu intermédio uma alteração radical da atividade jurisdicional, impondo-se, ademais, uma autêntica *república judiciária*⁵⁹, em detrimento do balanceado esquema da tripartição de poderes, levantando-se contra isso, inclusive, vozes abalizadas, segundo as quais: “...a evolução apontada parece indicar uma nova concepção do papel do Judiciário. Este assumiria um controle de legitimidade, indo além do tradicional controle de legalidade. Quer dizer, levaria em conta os fins do Estado e não apenas a textura das leis. Inegavelmente, isso importa em vê-lo como poder político, o que não se coaduna com a visão de que, numa democracia, apenas os poderes constituídos por uma eleição representam o povo. É o que ainda está no texto da Constituição de 1988, no art. 1º, § único. Essa concepção conta com significativo apoio na doutrina brasileira e se manifesta em diversas decisões da Justiça, especialmente no tocante às políticas públicas.”⁶⁰

⁵⁸“...trata-se de uma maneira ativa de interpretação da Constituição. Essa forma de interpretar e de estabelecer políticas públicas seria perfeita, não fosse o risco que o mau uso da mesma representa para o Estado de Direito. Isso porque seu uso de maneira exacerbada traz ínsito o risco de se criar o Estado Jurisdicional, ou seja, um Estado de preponderância do Judiciário sobre os demais órgãos, o que suprimiria o Estado de Direito.” (COSTA, Andrea Elias da. *Estado de direito e ativismo judicial*, in *Estado de direito e ativismo judicial*, Ed. Quartier Latin)

⁵⁹“É nesse contexto que se observa o ativismo judicial que ocorre atualmente no Brasil. Muitas ações para obrigar o Estado a fornecer remédios e tratamentos de saúde, criar vagas em creches ou escolas públicas etc., são decorrentes da cidadania de baixa intensidade, isto é da precarização da efetividade dos direitos sociais e econômicos. Ademais, a atuação judicial em tais casos se prevalece de conceitos vagos e indeterminados das normas jurídicas e se caracteriza por impor ao Poder Público condutas futuramente almejadas, passando a (Justiça) a ocupar papéis positivos e construtivos, no cenário político e tornando-se instituinte e prospectiva.(...) Concordamos com Igborg Maus quando afirma que quando a justiça ascende, ela própria, a condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social.” (FERNANDES, Stanley Botti. *Estado de direito e ativismo judicial*, in *Estado de direito e ativismo judicial*, Ed. Quartier Latin)

⁶⁰FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, Ed. Saraiva.

Posta essa realidade, compreende-se o porquê - também sob o prisma constitucional-, dos clamores doutrinários pela delimitação exata das fronteiras da atividade jurisdicional nessa matéria, já por se espargirem seus reflexos por diversas searas da ordem jurídica.

Daí porque se tornam temas incidentais, de caráter obrigatório, a legitimidade das decisões implementadoras de políticas públicas, a influência que possa ter a exceção da reserva do possível, a exequibilidade das deliberações judiciais antes a ausência de planejamento econômico e da visão estratégica limitada de seus prolores, entre tantos outros.

As discussões são de variada gama, e até esse instante ainda não se consolidaram parâmetros claros para nortear decisões dessa natureza, a despeito da multiplicação de trabalhos acadêmicos a respeito. Pelo menos, é importante dizer, ainda não se resolveram indagações muito importantes a respeito do tema, o que tende a instabilizar juízos a respeito.

Segue daí que a questão maior seja sobre a real possibilidade da imposição de critérios mais ou menos objetivos, compatíveis com standarts dotados de uma generalidade e precisão capazes de lhes garantir eficácia em processos do tipo.

Nesse sentido, então, é razoável a dúvida, e parece haver razão em opinião já exteriorizada alhures sobre a matéria, segundo a qual não se considera possível “...traçar limites absolutos em relação aos temas que exigem a ponderação entre princípios e avaliação no caso concreto, de modo que a atuação dos Tribunais, fundamental para estabelecer os parâmetros para o controle judicial, não pode ser estabelecida, em regra, por meio de enunciados, vinculantes ou não, com conteúdo negativo ou positivo a respeito de determinados direitos. Os tribunais devem fixar os critérios gerais de análise adotados em tais casos, transmitindo à comunidades jurídica e à sociedade maior segurança para as decisões e maior legitimidade a sua atuação, por meio da ampla avaliação dos problemas envolvidos em cada caso e motivação das escolhas adotadas.”⁶¹

⁶¹CORTEZ, Luiz Francisco Aguillar. *Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas*, in *Controle jurisdicional de políticas públicas*, op. Cit.

6 - Sobre o presente trabalho.

Posto tudo quanto essas brevíssimas considerações permitem entrever, vale consignar que o objetivo aqui perseguido é o de passa-las em revista sob uma ótica exclusivamente processual, pois trata-se de avaliar cuidadosamente os termos nos quais se pode julgar viável a judicialização da política, escoimando excessos, tendo presente o tempo todo que o ambiente do processo põe esse tipo de disputa sob limites naturais, decorrentes de suas regras.

Dessa maneira, o que se põe como tarefa central diz respeito à avaliação em termos exatos do quanto as fronteiras delimitadas pela natureza e modo de ser do processo, e em particular do processo coletivo, contribuem para eventual obstaculização da concretização dos denominados direitos culturais e econômicos pela via judiciária.

Naturalmente, a ótica escolhida torna forçoso a tomada de posição, antes do mais, acerca do denominado modelo constitucional de processo civil, sobretudo no quanto concerne à tendência neoprocessualista e seus referenciais teóricos, sem perder de vista o caráter ancilar do processo no tocante a instrumentalização do regime democrático, assim como seu significado ante o postulado do *acesso à justiça*.

Para além disto, e uma vez ultrapassada essa discussão, tornar-se-á relevante pôr os olhos no denominado processo coletivo, e inicialmente para mirar o seu atual estágio de desenvolvimento e seus postulados básicos, considerada, ademais, a emergência do aclamado *direito processual coletivo*, que se autonomiza no ambiente do direito processual civil brasileiro.

Desse ponto de vista o objetivo é proceder à análise das técnicas processuais empregadas nessa seara e seu respectivo reflexo no tocante ao quanto se possa considerar barreiras ao atendimento de pretensões correlatas à implementação de políticas públicas, notadamente no quanto diz respeito à causa de pedir, ao pedido, sua possibilidade jurídica, o interesse de agir, às tutelas de urgência e, sobremais, no concernente ao desate da lide, ou

seja, à decisão, tomada em consideração a especificidade da adjudicação de direitos envolvida etc.

Será essa, portanto, a linha de consideração para a apreciação das questões relacionadas à matéria em debate, já porque o ponto de partida é o de que o processo tem sua própria linguagem, seus específicos objetivos, tanto quanto uma forma a lhe constituírem um instrumento cuja tecnologia e arranjos, já por si, impõem limites consideráveis à consecução de determinadas tarefas, salvo se for possível maleabilizar conceitos e abrandar empecilhos decorrentes da técnica processual usual.

De qualquer maneira, é na direção de se observar de perto esses pontos que se encaminhará a presente tese, com as conclusões expostas ao final.

CAPÍTULO I

ESTADO DE DIREITO, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E ESTADO CONSTITUCIONAL

1.- O Estado de Direito em suas origens. 1.1.- O Estado-Nação e suas formulações iniciais. 1.2.- O Estado Absolutista e o Estado Policial. 1.3.- O Estado de Direito. 2.- Do Estado de Direito ao Estado Social. 2.1.- O Estado de Direito Liberal. 2.2.- Distorções do Estado de Direito e Estado Constitucional Social. 3.- O Estado Democrático de Direito 3.1.- Democracia como valor jurídico. 3.2.- As discussões sobre a democracia nos dois últimos séculos. 3.3.- O Estado Democrático de Direito. 4.- Constituição e Estado de Direito. 4.1.- Constitucionalismo. 4.2.- Constituição e Suas Funções. 4.3.- Supremacia Constitucional e Estado Constitucional.

1.- O ESTADO DE DIREITO EM SUAS ORIGENS.

1.1. – O Estado – Nação e suas formulações iniciais.

As urgências da disciplina do poder, e sobretudo do poder político, desembocaram na formulação do Estado – Nação, enquanto meio de integração de um povo sobre um território, sobre o qual essa instituição exerce sua soberania, dando lugar ao nascimento de uma nova forma de ser da sociedade política⁶².

Seu surgimento se deu como produto de uma evolução natural dos instrumentos de estruturação da convivência social sob um soberano, e principalmente como fruto de uma tendência à secularização dos meios de controle social, tais como o direito, a política etc., dadas as condições sócio-econômicas e culturais da época, pois forçoso é convir que: “...o Estado europeu move-se, do século XVI aos nossos dias, num mundo em transformação e ele próprio é um poderoso agente de transformação do mundo. Sofre o influxo das

⁶²“O Estado – entendido, portanto, como uma forma de sociedade política – é o resultado de uma longa evolução na maneira de organização do poder. Ele surge com as transformações da sociedade política por volta do século XVI. Nessa altura, uma série de fatores que vinham amadurecendo ao longo dos últimos séculos do período medieval torna possível – e mesmo necessária – a concentração de poder em uma única pessoa.” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. Ed. Malheiros, 22ª Edição)

*condições espirituais, socioeconômicas e internacionais, mas também vai tentar pô-las a seu serviço. Daí toda uma série de inter-relações que não podem ser esquecidas. Conhecem-se as condições espirituais: o Renascimento, a Reforma e a Contra-Reforma, com as crises psicológicas e morais conexas; do humanismo ao racionalismo, e do racionalismo ao romantismo; o espírito científico e a rebeldia contra o espírito religioso; o progresso técnico e o aproveitamento (tantas vezes a degradação) da natureza; a difusão da cultura, e a passagem da cultura de claustros à cultura de massas.*⁶³”

Como mecanismo encarregado da disciplina do exercício do poder político, então arraigado ao regime monárquico, a fisionomia absolutista tornou-se forçosamente aquela que o distinguiria nos primórdios de sua existência institucional, impondo a centralização e unificação de poderes nas mãos do soberano, como modo de superação das circunstâncias impostas pelas situações características do momento histórico precedente⁶⁴.

Realmente, o Estado fundado em poder centralizado, com uma unificação das prerrogativas de mando na figura do rei, soberano exclusivo em todo território, é elemento histórico pós-medieval, já porque no medievo ele se estabelecia sob características distintas, com uma típica pulverização da autoridade política.

Os estudos desenvolvidos a respeito são reveladores no sentido de indicar como pontos peculiares do Estado medieval os seguintes: (a) permanente instabilidade política, econômica e social; (b) distinção e choque entre poder espiritual e poder temporal; (c) fragmentação do poder mediante a infinita multiplicação de centros internos de poder político, distribuídos aos nobres, bispos, universidades, corporações, reinos etc.; (d)

⁶³MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Ed. Forense, 1ª Edição.

⁶⁴Sobre o Estado Medieval, pré-moderno, salienta *Caenegem*: “O Estado era semifeudal na medida em que os maiores terratenentes e principais proprietários ainda aspiravam a um papel no governo, independentemente da entourage real ou mesmo contra ela. A revolta dos barões do reinado de Henrique III (m.1272), em Inglaterra, exemplificam perfeitamente a seriedade dessa ameaça. Consequentemente o Estado era apenas semiburocrático. O papel do funcionalismo se restringia a tarefas rotineiras administrativas e judiciais: decidir estava fora das suas competências e as ambições burocráticas conduziam a confrontos com os nobres, que acreditavam firmemente que a tarefa da governação lhes deveria ser confiada. (...) A distinção entre a área de direito público e privada era ainda imperfeita, conservando sua força a antiga abordagem patrimonial. Os príncipes pensavam muito em termos dinásticos, considerando seus países como propriedades a ser mantidas e passadas aos descendentes intactas e, se possível, dilatadas...” (CAENEGEM, R.C. Van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1ª Edição, Trad. Alexandre Vaz Pereira).

sistema jurídico consuetudinário, embasado em regalia nobiliarquicas; (e) relações de dependência pessoal, hierarquia de privilégios⁶⁵.

O modo de produção feudalista fecundava as circunstâncias políticas, impondo praticamente uma forma de organização do poder, pois, como já se registrou em estudos a respeito do tema: “...em face das características stricto sensu da forma estatal medieval, é razoável afirmar que não existia Estado centralizado no decorrer do período medieval, exatamente pela fragmentação dos poderes em reinos, feudos etc. A forma de Estado centralizado – o Estado como poder institucionalizado – é pós-medieval, vindo a surgir com decorrência/exigência das relações que se formaram a partir do novo modo de produção - capitalismo – então emergente. Tem-se, assim, utilizando a linguagem dos tipos ideais weberianos, que na forma estatal medieval vigorou o tipo de dominação carismática, caracterizada por Max Weber como decorrente de uma relação social especificamente extracotidiana e puramente pessoal. (...) Dito de outro modo, é a dominação que decorre da relação ex parte príncipe porque pessoalizada. Afinal de contas o servo da gleba tinha uma relação direta – face to face – com o senhor feudal, que, inclusive, detinha o direito de possuir as plebéias na primeira noite de casadas. Os servos não conheciam outra autoridade, que não a de seu senhor. Não era o Rei que submetia o plebeu – vassalo – e, sim, o conde ou o Barão, proprietário do feudo.”⁶⁶

Tal como já frisado, pois, a evolução dessas circunstâncias sociais, econômicas e culturais deu parto ao Estado centralizado, ficando seu desenvolvimento, a partir de então, vinculada a uma acentuada dependência das condições ou circunstâncias culturais de cada nação em si, conquanto inegável o prevalecimento de um elemento de identidade a conduzir o ciclo evolutivo em cada caso, ou seja, a tutela do indivíduo na sua busca por maiores espaços de liberdade e desenvolvimento de sua personalidade, ao menos no mundo ocidental, em que tais valores foram se consolidando no universo cultural.

⁶⁵STRECK, Lenio Luis e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Editora Livraria do Advogado, 3ª Edição.

⁶⁶idem

1.2.- O Estado Absolutista e o Estado Policial.

Embora sejam tórridas as divergências, tanto quanto marcantes as dificuldades em se precisar o momento histórico no qual se deu a passagem do Estado medieval, ou jurisdicional⁶⁷, para o ciclo do Estado moderno⁶⁸, caracterizado pela centralização do poder, o fato é que o Estado absolutista foi inegavelmente a primeira modalidade de sua estruturação na modernidade.

Alicerçado sobre a figura do monarca, de potestade absoluta sobre o respectivo território, e com legitimidade haurida da sacra vontade divina, o Estado absolutista superou, ainda que paulatinamente, o Estado medieval, firmando-se como primeiro modelo de Estado moderno.

O fator capital a lhe conceder originalidade é a soberania sobre a totalidade do território, vale dizer, o *imperium* concentrado na fonte única de poder, personificado, por sua vez, na pessoa do monarca, representante dessa forma precursora de Estado moderno.

Segundo se sabe, o absolutismo, como forma de desempenho do poder político, atravessa duas fases distintas sob o ponto de vista de seus marcos teóricos⁶⁹, firmando-se na primeira delas a partir do paradigma do direito divino, já que teoricamente o soberano sorvia dessas fontes a legitimidade de sua dominação política, conquanto por ela também restasse envolvido, de modo a ficar submetido a um certo nível de encargos ou obrigações.

Na segunda fase do desenvolvimento dessa modalidade de Estado, vale consignar, dá-se sua refundação doutrinária a partir de um secularismo então proeminente, com novos

⁶⁷FIORAVANTI, Maurizio. *El estado moderno en Europa*. Editorial Trotta, Trad. Manuel Martinez Neira.

⁶⁸*Idem*. No mesmo sentido: MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*

⁶⁹“O Estado moderno do Absolutismo passa por duas fases consecutivas de teorização da soberania. Na primeira avulta o regime da Monarquia absoluta de direito divino, cuja legitimidade, em termos abstratos, é ministrada grandemente, em seus fundamentos teóricos, pela doutrina dos teólogos, que põem o altar ao lado do trono para lhe dar arrimo e sustentação, posto que seja a obra de Machiavel e de Bodin, dois pensadores leigos – um cientista político; outro jurista, se assim podemos qualifica-los numa terminologia mais adequada a nossa época - , aquela que contém a formulação de soberania como instrumento e substância de poder, e não como qualidade(...)Aliás, a segunda fase testemunha, com toda evidência, a secularização do absolutismo em bases filosóficas e consensuais. Haja vista, a esse respeito, o contratualismo social, que introduz com Hobbes uma nova fundamentação do poder, que já não promana da divindade, mas do homem e de sua razão prática, dos imperativos racionais que afixam a sobrevivência ameaçada da espécie humana, segundo aquele grande pensador.” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. Ed. Malheiros, 4ª Edição)

dados acerca da justificação do poder absoluto do monarca, dada a ascensão das filosofias contratualistas.

De qualquer sorte, cuida-se de modalidade de Estado notabilizada pela personificação do poder, centralizado na figura do rei, exercido segundo desígnios autocráticos, pois “...a monarquia absoluta no sistema dos Estados nacionais europeus é o exemplo clássico da autocracia não autoritária; sua legitimação se fundava no direito hereditário ao trono de uma determinada dinastia, que era reconhecida sem resistências pelos destinatários do poder. A este tipo de monarquia absoluta se atribuía uma santificação sobrenatural, que se refletia na fórmula típica da realeza: ‘pela graça de Deus.’ Esse tipo de domínio fica bem exemplificado por sua realização política mais influente, a monarquia absoluta francesa de Luiz XIV, famoso por sua frase: ‘L’Etat c’est moi’, e de seus sucessores. A decisão política e sua execução eram monopolizadas pelo rei, como único detentor do poder, que governava e dominava acima de qualquer controle de outros órgãos ou do povo.”⁷⁰

O Estado absolutista seguiu assim até a Revolução francesa, com variações de pequena ordem em relação ao solo europeu, excetuada, claro, a hipótese da monarquia constitucional inglesa, diferenciada nessa perspectiva, cuja peculiaridade, aliás, se concentra no respeito ao parlamento e à *common law*, situação a ser melhor escrutinada um pouco mais à frente.

Em sua segunda fase o Estado absolutista, sob o ponto de vista teórico, sofreu nítidas influências do iluminismo nascente, e, por decorrência, do secularismo instalado no século XVIII, evoluindo para um estágio em que se dá uma consistente separação entre poder religioso e o temporal, o que conduz à redefinição de sua tipologia.

Com efeito, trata-se de época em que o soberano, antes dependente de uma legitimidade calcada no poder divino, passa a divisá-la como elemento vinculado ao bem-

⁷⁰LOWEINSTEIN, Karl. *Teoria da constituição*. Ed. Ariel, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte.

estar dos súditos⁷¹, do povo em geral, embebido, já, de uma maneira racionalizada de justificação do poder político.

A confluência dos fatores culturais e econômicos da época, sobretudo o princípio do modo de produção capitalista, ainda embrionário, sugere que a atuação do soberano se volta decisivamente para a tutela e proteção dos interesses de seus súditos, conduzindo o Estado na direção de uma espécie de Estado-providência⁷².

Claro, todavia, que tudo quanto se realizava nesse sentido se assentava sobre o alicerce inarredável das denominadas *razões de estado*, que justificava, independentemente de esclarecimentos quaisquer, as ações do soberano, pois os segredos e o direito de poder a tudo se sobrepunha⁷³.

A essa modalidade de Estado, rotulada como a típica do Estado de polícia, a doutrina reconhecer um modelo baseado numa espécie particular de despotismo, engendrada, sobretudo, pelos textos de Christiam Wolff, e em razão da qual passam a ser conhecidos os reis que acatarem como *déspotas esclarecidos*, já porque imprimem ao comando político o hábito da ação permanente, e com ampla liberdade de poder, em favor do que entendem ser conveniente ao bem-estar do povo em geral.

Havia, então, uma nova ética e uma maior racionalidade no exercício do poder político por parte do soberano, inegavelmente, já que : “..a nova filosofia significou

⁷¹“O eudemonismo estatal tem na filosofia iluminista a justificação de seus postulados. Leibnitz, afagando sempre uma doutrina otimista da vida, foi, segundo Ahrens, dos primeiros que viram na ciência do Estado, assim como na ciência da natureza, um instrumento de melhorias e adiantamento da sociedade humana. A mesma visão eudemonística abrange-lhe a idéia de direito. Wolf, por sua vez, desenvolveu a doutrina de Leibnitz, e, atendendo aos profundos impulsos de sua época, criou a teoria do Estado promotor da felicidade e do bem-estar social.” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. Ed. Malheiros, 6ª Edição)

⁷²“É usual distinguir dois subperíodos na evolução do absolutismo. Num primeiro, que se estende até princípios do século XVIII, a monarquia afirma-se de direito divino. O Rei pretende-se escolhido por Deus, governa pela graça de Deus, exerce uma autoridade que se reveste de fundamento ou sentido religioso. Numa fase subsequente, embora essa referencia básica se mantenha em nível de consciência jurídica da comunidade, vai procurar-se atribuir ao poder uma fundamentação racionalista dentro do ambiente do iluminismo dominante. É o despotismo esclarecido, ou, noutra perspectiva, em alguns países, o Estado de polícia (tomando-se o Estado como uma associação para consecução do interesse público e devendo o príncipe, seu órgão e primeiro funcionário, ter plena liberdade nos meios para o alcançar.)” (MIRANDA, Jorge. *Teoria geral do estado e da constituição*. Ed. Forense, 1ª Edição)

⁷³CAENESE, R.C.Van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian.

também o fim da velha perspectiva patrimonial do poder. O país já não era patrimônio da dinastia; o príncipe tinha se tornado primeiro servidor do Estado. As antigas terras da coroa tornaram-se propriedade estatal, e o soberano passou a receber um estipêndio do Estado. Os monarcas iluminados não justificavam sua posição por meio de um apelo a Deus, nem estavam rodeados da aut metafísica de ungidos do Senhor. Doravante acreditavam no princípio da utilidade: uma sociedade bem ordenada necessitava de lideranças e os reis estavam predestinados para suas funções pelas suas origens ilustres e pela educação, cabendo-lhes usar desses atributos em nome do bem geral. Em virtude de seu treino e posição superior, o ‘pai da pátria’ conseguia ver mais longe do que seus súditos e para além da perspectiva regional dos seus interesses setoriais e dos preconceitos destes. O rei podia e devia buscar o bem-estar geral, de acordo com o seu entendimento e sem ceder a grupos de pressão.⁷⁴”

O absolutismo, todavia, nesse corte de regime autocrático, foi cedendo terreno paulatinamente à força das idéias iluministas, que vinham inoculando sobre a consciência européia valores e ideais de liberdade política segundo uma vontade geral mais rente aos desígnios da sociedade e de seus interesses, de tal sorte que, aos poucos, os ecos da monarquia constitucional inglesa e seu “rule of law”, tanto quanto os provenientes da revolução francesa e seu conhecido libertarismo, foram se impondo, alterando em essência o modo de ser do Estado.

1.3.- O Estado de Direito.

Produto da racionalização da concepção de Estado e fundado no pensamento filosófico político que já vinha florescendo desde os contratualistas que se debruçaram sobre a tarefa de lhe oferecer uma justificação pela filosofia - Hobbes, Locke e Rousseau -, o conceito de Estado de Direito se cristalizou como valor transcendente no hemisfério ocidental.

⁷⁴CAENEGEM, R.C. Van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Editora Fundação Calouste Gulbenkian.

A despeito de seu inegável caráter equívoco⁷⁵, a idéia exprime a acepção de ente político que sintetiza uma vontade geral e cujas atividades se desenvolvam dentro de parâmetros capazes de afiançar a proteção à liberdade e igualdade, valores emergidos das tramas da história política ocidental e conservados sob a qualificação de direitos humanos inalienáveis.

Conceito doutrinário alimentado fortemente pelo alicerce do respeito ao indivíduo e controle do poder político, seus elementos estruturais vêm se desenvolvendo a partir de concepções de Montesquieu, Kant, Hegel, dentre outros filósofos, fundando-se, enfim, sob a ótica de seu funcionamento, na divisão de poderes, na representação política sob controle da sociedade política, entre outros fatores.

O aparecimento do conceito e sua denominação – Estado de Direito - perpetuada através do tempo, tem origem na Alemanha, no século XIX, quando se busca, em verdade, produção teórica voltada à edificação de um sistema de Direito de Estado⁷⁶, ou de Direito Público, na intenção muito clara de se construir o alicerce teórico voltado ao controle do Poder Público.

Por isso ele surge aí, na Alemanha, e em seus primórdios, como entidade pública cujas atividades devem ser submetidas integralmente ao respeito à lei, como fator imprescindível à legitimidade do ato administrativo, instrumento de suas ações, devendo ser, enfim, um Estado de Direito no sentido de ter seus órgãos e gestores o compromisso de efetivação da ordem jurídica no exercício de seus mistérios, pois desde as visões de Sthal e Gneist vinha amadurecendo a idéia do Estado como pessoa jurídica, passível de responsabilização por abusos, concepção aperfeiçoada a partir das opiniões de Gierke e

⁷⁵“O termo *rechtsstaat* (Estado de Direito) é uma expressão alemã, cuja tradução para outras línguas sempre trouxe dificuldades; por isso a expressão *rechtsstaat* encontrou espaços em outros regulamentos linguísticos de diferentes ordenamentos jurídicos. Traduções diversas foram tentadas, mas jamais atingiram perfeitamente o objeto, que aqui será tratado. Na língua inglesa, do *common law*, fala-se do *rule of law*, cuja terminologia será abordada posteriormente. No francês usa-se o termo *Etat constitutionnel*. Ultimamente tem-se trabalhado com o termo *Etat de Droit*, que durante muito tempo era incomum. Para a Constituição dos EUA, deve-se remeter ao *due process, clause*, cuja jurisprudência faz uso de elementos do Estado de direito, o que pode ser comparado ao direito alemão.” (DOEHRING, Karl. *Teoria do estado*. Ed. Del Rey, tradutor Gustavo Castro Alves de Araújo)

⁷⁶“ O Estado que não tem para sua administração nem a forma da lei, nem o ato administrativo não é o Estado de Direito.” (MAYER, Otto. *Derecho administrativo aleman*. Ed. Depalma, traduzido do original em francês por Horacio H. Heredia e ernesto Krotoschin, Tomo I)

Bähr, pois: “...o Estado tem genericamente para eles a mesma natureza das demais associações humanas que podem existir em seu interior; mas é a forma de associação mais elevada, do povo mesmo, e não um mero instrumento orgânico à disposição de quem exerce o poder da Administração ou o poder sobre os submetidos. Em consequência disto o direito administrativo aparece como a forma mais elevada de manifestação dessa união, e pelo que se refere em sua essência, não é diferente do direito das demais associações. O Estado, igual a outras associações humanas, há de situar-se, enquanto Estado de Direito, precisamente no Direito, e não acima dele. E unidade entre Estado e Direito forma parte da idéia de Estado de Direito, no sentido de que seu organismo, é dizer a criação e relação entre os órgãos estatais em si, é em si mesma Direito; de que também todas as competências estatais existem e são exercidas sob os fundamentos do Direito, isto é, com fundamento na Constituição, em que o Direito Público é reconhecido e garantido como verdadeiro Direito.”⁷⁷

Nessa altura do século XIX, então, e a partir desses fundamentos teóricos sobre o Estado de Direito, se no ambiente da monarquia germânica, o rei seguia sendo insuscetível de censura no exercício de seus poderes – *the king not do wrong* -, mas o Estado passava a ser sujeito passivo de reações dos súditos pelo abuso de seus gestores, o que incluía o monarca⁷⁸.

Mas essa visão, malgrado confira com uma acepção de Estado de Direito, difere daquela que se lobriga sob a rubrica do “Rule Of Law” inglês, assentado sobre bases teóricas sólidas, desde – pelo menos – o século XVII, e com a qual se retrata uma monarquia constitucional em que se sobressai o parlamento como um fator de implementação das diretrizes governativas, a par de uma magistratura forte e das diretrizes da *common law*.

⁷⁷BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y La Democracia*. Editorial Trotta, traduzido do alemão por Rafael de Agapito Serrano.

⁷⁸“Deve-se ter em mente que no decorrer do século XIX o indivíduo e a sociedade se desenvolviam cada vez mais dentro de uma atmosfera liberalista. Nesse contexto, é então cabível que o Estado fosse concebido como pessoa jurídica, pois somente assim poderia ser exercido um direito em face do Estado. Visto que o monarca, dentro de um conceito geral, ainda permanecia imune – pelo menos para o monarca absoluto, como fonte de todo direito, não se podia imaginar que ele mesmo estivesse submetido ao direito – o Estado se tornou vulnerável, em um certo dualismo em face do monarca, porquanto a injustiça praticada pelo Estado não era mais vista como aceitável.” (DOEHRING, Karl. Op. Cit.)

Em seu núcleo fundamental, portanto, esse modelo precursor do atual Estado de Direito, fomentava, por um lado, a *igualdade perante a lei*, ou seja, na submissão de cidadãos de todas as classes ao direito comum da terra, tanto quanto o afastamento de todo e qualquer poder arbitrário, com vistas ao estabelecimento ao império do direito⁷⁹.

O grande teórico do “rule of law” britânico, como se sabe, foi Dicey, que a respeito levava em consideração, como seus pressupostos, três pontos⁸⁰, ou seja, inicialmente o *nullun crimen sine lege*, além disso a submissão de cada um à lei, sem privilégios, e, finalmente, em terceiro, um processo de fundação e concretização das liberdades e direitos, segundo o *common law*.

Dois pontos, pois, parecem distinguir o estado diceyniano, ou seja, a soberania do parlamento, por um lado, assim como a garantia oferecida aos cidadãos pela aplicação do direito da terra, ou *common law*, de tal modo que “... ‘rule of law’ é, para Dicey, um traço inseparável do judge made law, e precisamente por isso é um modo peculiarmente inglês de posicionar e resolver o problema da relação entre poder e direito, contrariamente ao continente (em particular o modelo francês) que se confia às prescrições de uma (rígida) carta constitucional.”⁸¹

Claro também, que mesmo em se reconhecendo os pontos comuns, o elemento democrático pelo viés da centralidade do parlamento, a atividades governamentais exercidas com fundamento em diretivas jurídicas estabelecidas em uma ordem constitucional – malgrado flexível e não escrita -, o fato é que o modelo britânico não se identifica por completo com uma terceira alternativa de implementação do Estado de Direito.

Realmente, o “Etat de Droit” se erigiu em solo francês sob viés diverso, centrado na filosofia das garantias fundamentais, da tripartição de funções do poder, na soberania do parlamento, dentre outras especificidades.

⁷⁹FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios de direito constitucional*. Ed. Saraiva.

⁸⁰COSTA, Pietro. *O Estado de direito, história, teoria, crítica*. Ed. Martins Fontes, trad. Carlos Alberto Dastoli.

⁸¹*Idem*.

O modelo francês, embora também tenha também no parlamento o ponto forte, seu funcionamento gira em torno da lei escrita, sob a égide da qual se desenvolve a atividade do poder político, à ela também submetida.

É o Estado constitucional ou liberal burguês, sucessor do Estado de polícia e cujas características são próprias, já que *“...em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a da lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela coletividade; em vez da razão de Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, só por serem homens, de direitos consagrados nas leis.”*⁸²

Com efeito, o “Etat de Droit” francês se erige a partir do espírito da Revolução de 1789, isto é, na pretensão de substituir o rei pela Assembléia, suas determinações arbitrárias pelo Direito, que se expressa na lei, a qual, por sua vez, exprime a denominada vontade geral, correspondendo, sim, ao legiscentrismo de todos conhecido, pois, como já se disse : *“...a proclamação francesa dos direitos visava, assim, a legitimar a potestade legislativa que, na pretensão de renovação, tornara-se soberana. Este é o Etat de Droit: a onipotência da lei a serviço dos direitos. Ou seja, a idéia ou a ideologia de codificação, ou a idéia de refundação de todo o direito em um único sistema positivo de normas precisas e completas, condicionado apenas pela coerência de seus princípios inspiradores, como primeira e principal consequência da Declaração”*⁸³.

2.- DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO SOCIAL

2.1.- O Estado de Direito liberal.

O liberalismo, como filosofia, frutificou sob as circunstâncias do individualismo iluminista, pautado por uma nítida finalidade de controle do poder opressivo do Estado, e, portanto, no viés da busca por garantias aos espaços de liberdade.

⁸²MIRANDA, Jorge. Op.cit.

⁸³ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Ed. Il Mulino.

É íntima, pois, a ligação entre o liberalismo e democracia⁸⁴, desenvolvendo-se como um ideário em solo europeu, no qual se manifestou em épocas diversas, a partir, por exemplo, da revolução Gloriosa, na Inglaterra, em 1.648.

Claro, a visão liberal individualista que se foi constituindo apresentava suas contradições, muito especialmente se apreciada sob o ângulo do engajamento dos diversos estamentos sociais aos mecanismos de acesso às liberdades democráticas, sendo visível por detrás do manto da história que nesses albores da sociedade ocidental livre ainda se davam práticas como a do escravagismo e outras capazes de perpetuarem um distanciamento social entre as diversas camadas de “cidadãos”.

Àquele tempo, as revoluções, tais como a inglesa e francesa, propagavam ideais libertários não exatamente desfrutáveis por todos, uma vez restrito o conceito de cidadania, inclusive a partir de padrões estritamente econômicos ou raciais⁸⁵.

De qualquer maneira, o liberalismo se revelou modo de pensamento político e econômico relevantíssimo, desde seus primórdios, malgrado sua conceituação sempre tivesse trazido dificuldades, tornando-se comuns recomendações dos historiadores e filósofos quanto a uma indispensável cautela, frente à diversidade de sua textura, a equivocidade dos sentidos de seu emprego, entre outras questões.

Nada obstante, torna-se possível buscar uma definição bem próxima da realidade, compreendendo o liberalismo como “...uma ética individualista, pura e simples, pela qual se expressa, num primeiro momento, em termos de direitos naturais e, posteriormente,

⁸⁴BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola E PASQUINO, Gianfranco.

⁸⁵“Conclusão: os países protagonistas das três grandes revoluções liberais são ao mesmo tempo os protagonistas dos dois trágicos capítulos da história moderna (e contemporânea). Mas, então, pode ser considerada ainda válida a habitual representação em base à qual o que caracteriza a tradição liberal é o amor à liberdade enquanto tal? Voltemos à pergunta inicial: o que é o liberalismo? Ao verificar o desaparecimento das anteriores e presumidas certezas, vem-nos à mente um grande dito: *O que é notório, justamente porque é notório não é conhecido. No processo do conhecimento, o modo mais comum de enganar a si mesmos e aos outros é pressupor algo notório e aceita-lo como tal.* Colocando em crise uma difusa apologetic, resulta inquietante o entrelaçamento paradoxal com o qual nos deparamos ao reconstruir historicamente o liberalismo. Compreende-se então a tendência à remoção. No fundo é assim que têm feito Locke e acima de tudo os colonos norte-americanos rebeldes, que gostavam de etender um véu de silêncio, mais ou menos espesso, sobre o instituto da escravidão.”(LOSURDO, Domenico. *Contra-história do liberalismo*. Ed. Idéias e Letras. Tradução de Giovanni Semeraro)

*numa psicologia que considera os interesses materiais e sua satisfação como importantes para o indivíduo.*⁸⁶”

O fato relevante a seu respeito, todavia, é que o ideário liberal se distribui, segundo estudiosos, em três núcleos essenciais, ou seja, o *político*, o *moral* e o *econômico*, sempre na perspectiva da tutela ao indivíduo e sua liberdade com controle do poder, passando a ter uma relevância acentuada na Europa a partir do século XIX mais especialmente.

Dessa maneira, se sob o prisma moral e filosófica a idéia se firma na direção de valores tais como liberdade e dignidade humana, e, enfim, vida; sob a ótica econômica seus fins são buscados por meio da garantia e incentivo à busca pelo auto-interesse esclarecido (Stuart Mill), com liberdade ampla de ação econômica (Adam Smith).

Defendia-se, assim, a liberdade econômica como uma espécie de liberdade natural, devendo o Estado manter-se afastado do livre-mercado, nele não intervindo, mesmo porque a sociedade era vista como um contrato entre cidadãos, sendo certo que sua posição deveria se restringir à guarda dessas relações, sem intervenções mais agudas, materializando, assim o *laissez faire, laissez passer*, sendo essa, enfim, a lei a ser observada, em última análise⁸⁷.

No núcleo político, entendido como jurídico-político, o liberalismo se mostra rico em termos de valores apregoados, uma vez que neste particular “...se apresenta sob quatro categorias eminentemente jurídicas. Aqui estão presentes os direitos políticos, relacionados à representação, tais como sufrágio, eleições, opções políticas etc. Apresenta-se sob quatro aspectos: (a) Consentimento individual: a teoria do consentimento, em especial de matriz lockeana, é a fonte da autoridade política e dos poderes de Estado. O status dava lugar ao contrato. (b) Representação: quem deve tomar as decisões é a legislatura eleita pelo povo, restringida pela própria natureza da convenção que a estabeleceu originariamente. Há limites para a legislatura e a representação era censitária – ligada à fortuna pessoal. Na ampliação da participação os utilitaristas tiveram papel positivo, embora temessem que pelo majoritarismo os muito

⁸⁶MACRIDIS, Roy. “Apud” STRECK, Lênio e MORAIS, José Luiz Bolzan. Op. Cit.

⁸⁷Mateucci, Nicola. *Dicionário de política*. Editora UNB.

(pobres) se utilizassem de sua força para subjugar por seus interesses. Para resolver esse problema a educação a educação era fundamental para se forjar o auto interesse esclarecidos idealizado por John Stuart Mill, onde se poderia valorar os objetos por suas qualidades intrínsecas, e a contencnao atual servisse para ganhos futuros.(...) (c) Constitucionalismo: o estabelecimento de um documento fundamental acerca dos limites do poder político é crucial para a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, bem como para traçar os marcos da atividade estatal, não só pela limitação de seus poderes como também pela divisão de suas funções. A Constituição escrita estatui limitações explícitas ao governo nacional e aos estados individualmente e institucionaliza a separação de poderes de tal maneira que um controla o outro (check and balances dos americanos), e o Judiciário aparece como salvaguardar para eventuais rupturas, em particular através do judicial review. (d) Soberania popular: o ideal russeauniano de participação popular se apresenta como limite. Há uma tensão constante entre a formação da vontade geral e os riscos de sua absolutização e a pariticipação através de representantes eleitos.⁸⁸”

O pensamento liberal, realmente, fundamentou a estruturação do Estado de Direito Liberal, inicialmente como instituição estabelecida sob dogmas claros de não intervenção nos domínios social e econômico, com o objetivo de preservação dos espaços de liberdade individual⁸⁹.

Triunfou aí a visão negativista em relação ao Estado, um mal em si, conquanto necessário, a ser posto sob rigoroso controle, funcionando como estrutura burocrática limitada a certas finalidades, dentre as quais a principal de oferecer condições plenas aos indivíduos no tocante à sua auto-realização.

Prevaleceu, nesse aspecto, a visão pessimista acerca do poder político⁹⁰.

⁸⁸STRECK, Lênio e MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Op. Cit.*

⁸⁹“O papel do Estado é negativo, no sentido da proteção dos indivíduos. Toda intervenção do Estado que extrapole estas tarefas é má, pois enfraquece a independência e a iniciativa individuais. Há uma interdependência entre o crescimento do Estado e o espaço das liberdades individuais.” (*Op. Cit.*)

⁹⁰“O pessimismo em relação ao poder político parte do pressuposto – é ima tese clássica do liberalismo europeu – segundo a qual o poder é ao mesmo tempo funcionalmente necessário e socialmente perigoso. O poder em particular, nas suas modalidades repressisvas, é indispensável para garantir a ordem, a coesão e a estabilidade do poder político. É perigoso – é a ameaça mais grave para as liberdades individuais – porque é por sua natureza propenso a se concentrar, a se reproduzir de forma recorrente e a se tornar arbitrário.”

A característica fundamental desse modelo de organização política e jurídica do Estado se estabeleceu, assim, sob o enlaçamento de valores específicos, como proteção ao indivíduo e seu auto-desenvolvimento, realizada por meio do poder político exercitado por representantes do povo e sob controle do elemento neutro da lei⁹¹.

Otimismo normativo e pessimismo potestativo são os pilares da filosofia política que orientou a constituição do Estado de Direito liberal, cuja estrutura se sustenta por meio de instituições e mecanismos próprios de controle do poder político, crendo seus ideólogos nas possibilidades sólidas do direito como meio de contenção de virtuais abusos⁹².

Sob esse enfoque, então, dois princípios passam a ser identificados como bases teóricas do Estado de Direito, ou seja, a *difusão do poder e a diferenciação do poder*⁹³.

Quanto ao preceito da *difusão do poder*, o que se constata é o reconhecimento de que a fonte do poder são os indivíduos de um modo geral, sujeitos de poderes próprios e únicos destinatários do ordenamento jurídico, condição destinada a todos indistintamente, em homenagem à igualdade, que se firma como *igualdade perante a lei*, em benefício de todos⁹⁴.

Ainda mais, o preceito sob exame ainda compreende, claro, a imprescindibilidade da certeza do direito, via garantias de que cada indivíduo possa estimar correta e adequadamente as conseqüências de suas opções e escolhas e, enfim, de sua atuação pessoal, sem embargo, ainda, do pressuposto de que todos os cidadãos são titulares de direitos subjetivos, dentre os quais os civis, os políticos etc⁹⁵, reconhecidos constitucionalmente.

(ZOLLO, Danilo. *O Estado de direito, história, teoria, crítica*. Editora Martins Fontes, trad.Carlos Alberto Dastoli)

⁹¹BÖKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Op. Cit.

⁹²ZOLLO, Danilo. *O Estado de direito, história, teoria, crítica*. Editora Martins Fontes, trad.Carlos Alberto Dastoli.

⁹³*Idem*.

⁹⁴*Idem*.

⁹⁵*Idem*.

Quanto ao postulado da *diferenciação do poder*, o que se percebe inicialmente, na perspectiva teórica, é a desvinculação do direito do sistema ético-religioso, via positivação, além do que a diferenciação funcional interna no exercício do poder, já que “...o Estado de Direito é um sistema político de alta complexidade, antes de tudo por sua diferenciação em dois setores formalmente distintos: de um lado, o âmbito da conquista e da gestão política por meio da organização dos partidos e os rituais eleitorais, e de outro, a atividade administrativa, unificada pela função de emanar decisões vinculantes por meio de procedimentos burocráticos.(...) Por sua vez a administração articula-se segundo duas funções que, em linha de princípio, tendem a ser desenvolvidas em âmbitos institucionais diversos e com procedimentos distintos: de um lado a atividade legislativa, atribuída principalmente a parlamentos efetivos, que têm o poder de emanar normas gerais e abstratas; de outro, confiada essencialmente à Administração propriamente dita, a atividade da aplicação das normas gerais, ou melhor, de emanação de decisões vinculantes para cada caso concreto. Enfim, no interior da Administração, desenvolveu-se um ulterior processo de autonomização funcional: a magistratura judicante separou-se do executivo, subtraindo-se aos vínculos da dependência burocrático, e emana decisões com base em um (problemático) pressuposto de imparcialidade e autonomia dos próprios funcionários.”⁹⁶

O Estado de Direito liberal, por conseguinte, se desenvolve e se concretiza na Europa e na América como forma de organização do poder político em que seu exercício se realiza por intermédio do Direito⁹⁷, respeitada a tripartição de poderes, estando o parlamento ao centro, como sede dos representantes do povo e responsáveis pela elaboração da lei, o elemento que o expressa.

⁹⁶*Idem.*

⁹⁷“O Estado é uma forma de poder e o poder não é uma força estranha ao direito. Desde que uma comunidade social se conscientiza dos fim que sedimenta a solidariedade de seus membros, desde que ela se torna suficientemente coerente para descartar os interesses individuais em prol da representação de um modo de vida desejável por todos, ela divisará um certo tipo de organização social como suscetível de satisfazer essa exigência. Esse tipo de organização social se exprime dentro de uma idéia essencialmente contingente, já que variável segundo os povos que a adotem; é a idéia de direito..” (BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Droit constitutionnel*. Ed. LGDJ, livre tradução)

2.2.- Distorções do Estado de Direito e o Estado Constitucional Social.

Se o liberalismo político, como tradução do respeito a valores tais como liberdade e igualdade, se fizeram marcos culturais importantes no desenvolvimento das formas de organização política no ocidente, a doutrina registra, todavia, que sua implementação ocasionou certos efeitos colaterais que o desvirtuaram.

O ponto nodal, seguramente, se encontra afeto ao modo de ser do direito sob a égide do Estado de Direito, que se altera no sentido de se desvincular de fatores éticos, morais ou religiosos, em busca de uma depuração capaz de lhe conferir atributos científicos.

Nesse sentido, a idéia de lei como expressão de uma vontade popular, e mais que isso, como significação de uma vontade geral à moda *rousseauniana* - portanto neutra e consonante com um depurado interesse público -, passa a ser alvo de um reconhecimento elevado, a ponto de ser vista como a própria expressão do Direito em termos técnicos.

O positivismo jurídico, por assim dizer, tornou-se filosofia dominante, sobretudo na perspectiva legalista, capturando e reduzindo o Estado de Direito a um Estado Legal, confundido com a própria ordem jurídica e tendo sua atividade sintetizada nas leis por ele editadas.

É certo que no centro da questão ora abordada se encontravam posturas em conflito no tocante ao entendimento do que seria, de fato, o Estado de Direito, já porque tanto poderia ser entendido como Estado em que o poder seria exercido segundo um direito pressuposto, ou seja, o direito natural, sob cujas diretrizes ficaria completamente submetido, ao passo que, de outro lado, havia em contraposição o pensamento segundo o qual se submeteria apenas ao direito por ele instituído por meio da lei⁹⁸.

Essa última linha de pensamento foi a escolhida em muitos casos por Estados europeus, haurindo legitimidade, tanto mais, de doutrina jurídica produzida dentro dos mesmos referenciais, com o propósito de se lavrar uma idéia pura de Direito, ocorrendo

⁹⁸*idem*.

então que “...a concepção jurídica de Kelsen também contribuiu para deformar o conceito de Estado de Direito. Para ele, Estado e Direito são conceitos idênticos. Na medida em que ele confunde Estado com ordem jurídica, todo Estado para ele será Estado de Direito. Por isso vota significativo desprezo a esse conceito. Como na sua concepção só é Direito o direito positivo, como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, chega-se sem dificuldade a uma idéia formalista de Estado de Direito, ou Estado Formal de Direito, que serve também, como vimos, a interesses ditatoriais. Pois, se o Direito acaba se confundindo com o enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social e econômica, ideológica enfim (o que no fundo esconde uma ideologia reacionária), todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja dictatorial.”⁹⁹”

O fato é que esse fenômeno, ou seja, a redução do Estado de Direito ao Estado Legal, não foi considerado pela doutrina senão como uma corruptela, um simulacro, já porque permitiu a acentuação da dubiedade¹⁰⁰ do conceito, e particularmente em razão do fato de Estados marcadamente antidemocráticos, e avessos à tutela de direitos civis, terem passado a se arrogar essa condição indevidamente.

Esse Estado Legal¹⁰¹, enfim, firma-se sobretudo sobre o princípio da legalidade, ocorrendo no seu cenário a *politização da lei*¹⁰², uma vez utilizada essa como meio ou instrumento governativo e expressão de uma suposta vontade geral, possibilitando com isso o arbítrio puro e simples, por meio de uma legitimidade forjada.

⁹⁹SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. Editora Malheiros.

¹⁰⁰“Por isso cabe razão a Carl Schmitt quando assinala que a expressão ‘Estado de Direito’ pode tantos significados distintos como a própria palavra ‘Direito’ e designar tantas organizações quantas as que se aplica à palavra ‘Estado’. Assim, acrescenta ele, há um Estado de Direito feudal, outro estamental, outro burguês, outro nacional, outro social, além de outros conformes com o Direito Natural, com o Direito racional ou com o Direito histórico. Disso deriva a ambigüidade da expressão Estado de Direito, sem mais qualificativo que lhe indique conteúdo material.” (SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. Ed. Malheiros)

¹⁰¹“O Estado de Direito no século XX se transformou, para usar a palavra que Carré de Malberg cunhou, num Estado Legal. Este, em última análise, recusa subordinar o Estado a um Direito a ele superior. Mais, identifica o Direito com um comando do Estado, de tal sorte que os direitos do homem são os direitos que o Estado lhes quiser reconhecer, que as leis são feitas pelo Estado, sendo irrelevante cogitar de seu conteúdo de justiça ou injustiça. E que a Constituição não passa de uma lei mais alta que as outras, que se estabelece com um procedimento mais complexo que o ordinário. O Estado Legal guarda o princípio de que, por meio de lei, é ditada a conduta dos particulares, que a lei é condição e limite da atuação dos órgãos públicos, todavia a encara como instrumento para a realização de objetivos politicamente definidos.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. Ed. Saraiva.)

¹⁰²FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. Ed. Saraiva.

O lenitivo para essa situação, agudizada, sobretudo, às portas dos facismos e nacional socialismos da primeira metade do século XX, foi o novo constitucionalismo, emergido dos escombros da segunda grande conflagração mundial¹⁰³, sobretudo ante os resíduos cáusticos da cultura da dominação tirânica que lhe deram ensejo.

Dois valores despontaram diante da catástrofe representada pela violência da Guerra, ou seja, por um lado o pacto político essencial à coesão e direcionamento da vida política das sociedades, representado pelo texto constitucional; de outro lado, a democracia, como meio de garantir não apenas espaços de participação da cidadania, mas também como instrumento de garantia de igualdade social, reforçando-se, também, a idéia de uma soberania verdadeiramente popular.

Dissolveram-se nesse instante histórico os fundamentos do ideário político da época, especialmente o individualismo exacerbado que o notabilizava, vindo à tona com maior força preceitos tais como a legitimidade do poder pelo consentimento do povo, além, é claro, do atinente à solidariedade.

Emerge, dessarte, um novo constitucionalismo, dando lugar a um Estado Constitucional e democrático, alicerçado nas idéias-força igualdade, democracia e soberania popular, como marco relevante na história do Estado de Direito¹⁰⁴.

É o momento, então, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1.948, se impõe como diretriz, inclusive, para textos constitucionais diversos, estabelecendo-se,

¹⁰³“O Estado constitucional de direito desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por base a centralidade de uma constituição rígida. A validade das leis não depende mais da forma de sua produção, mas também de sua efetiva compatibilidade com o conteúdo das normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito. Mais que isso, a Constituição não apenas impõe apenas limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação.” (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional*. Ed. Saraiva)

¹⁰⁴O Estado Constitucional é mais do que o Estado de Direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para travar o poder (to check the power); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do poder (to legitimize State power). (...) O Estado impolítico do Estado de direito não dá respostas a este último problema: de onde vem o poder. Só o princípio da soberania popular, segundo o qual ‘todo poder emana do povo’, assegura o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Ed. Almedina)

desde então, a previsão dos direitos fundamentais, individuais e sociais, como fator essencial e característico das constituições dos países democráticos.

Em regra, o nascimento do Estado Social de Direito, por muitos denominado Estado do Bem-Estar Social ou Estado Providência, testemunha não uma simples adjetivação, mas sim a adição de uma finalidade ao conhecido Estado de Direito, ou seja, a de agir para promover e garantir, igualmente, democracia social, igualdade material mínima entre os cidadãos.

Logo, redimensiona-se o Estado de Direito com a finalidade de colocá-lo a serviço da causa da igualdade econômica e social¹⁰⁵, como fator imprescindível à garantia de uma ordem jurídica não mais plasmada única e exclusivamente por leis escritas e votadas por maiorias ocasionais, mas, para além disto, promove-se a desvinculação entre o Estado e o Direito, que, de seu turno, reaglutina valores ético-morais à sua estrutura e passa a ser o elemento substancial a nortear as atividades do ente político em busca de seus fins.

Participação política e econômica de todos, com acesso garantido a um mínimo existencial material, como condição objetiva para o desfrute do status oferecido pelos direitos fundamentais individuais, já que “...o princípio do Estado Social não se refere a elementos estruturais do tipo institucional ou legitimador, nem tampouco a garantias delimitadoras, como as que estão incluídas no princípio do Estado de Direito. Objetiva-se mais, como um fim do Estado, e como um mandado de ação para os órgãos do Estado, que se busque a desaparecimento dos antagonismos e desigualdade social, assim como para assegurar todos os pressupostos sociais para o exercício da liberdade.”¹⁰⁶”

¹⁰⁵“O individualismo e o abstencionismo, ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade de justiça social, conforme nota Lucas Verdú, que acrescenta: ‘mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar em seu seio a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito na atualidade deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se no Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar justiça social’.” (SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*).

¹⁰⁶BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Op. Cit.*

Claro que não se desconhece que também o Estado Social nascido naquelas circunstâncias do pós-guerra, pudesse servir a diversificados regimes políticos¹⁰⁷, incluídos aí os totalitários, mas, aliado ao constitucionalismo fundado nos direitos fundamentais, e principalmente vinculado ao postulado da liberdade, sua potencialidade de harmonização entre interesses individuais e sociais lhe conferiu prestígio da doutrina.

Como se nota, esse novo modelo de Estado, não abandona as feições do Estado de Direito, não nega, outrossim, valores trazidos pelo liberalismo político e econômico, não se inclinando à tomada das feições do Estado Socialista, mas surge como decorrência de uma constatação fundamental, ou seja, a de que a natureza, por si, ou os homens em liberdade, ou ainda a sociedade, por si, não operam a igualação dos homens em seus diversos estratos sociais, cumprindo aí papel ativo e decisivo do ente político caso esse objetivo esteja em linha de conta.

Nesse sentido, a doutrina alemã, interpretando a cláusula constitucional correlata, assim se pronuncia, afirmando: *“O enunciado constitucional (cláusula do Estado Social) da qual se infere o mandado para configuração da vida social pressupõe a consciência de que o bem comum não resulta de geração espontânea. Isso resulta evidente à luz da nossa realidade social. Cada esfera da sociedade se vê sob influência, em maior ou menor medida, pela atividade estatal. A existência material de todos depende consideravelmente dos efeitos queridos, assumidos ou inevitáveis da política estatal. Isso é notado nos campos da política social, econômica, organizacional ou no restante das áreas da política interna. Mas também processos de política externa, como as medidas para o comércio exterior ou os objetivos da ajuda para o desenvolvimento têm conseqüências para a vida pessoal.(...) A cláusula do Estado social deve não só reforçar a tarefa hoje óbvia de todo Estado em estabelecer as condições mínimas para que a vida possa se desenvolver livre de violência. Tarefas estatais como a responsabilidade pela segurança interna e externa, a disposição de regras de conduta pra o tráfego jurídico privados ou a previsão de*

¹⁰⁷“Vimos um Estado liberal que fundou a concepção moderna de liberdade e assentou o primado da personalidade humana, em bases individualistas. Vimos o seu esquema de contenção do Estado, que inspirou a idéia dos direitos fundamentais e da divisão de poderes. Vimos, do mesmo passo, as doutrinas que reinterpretaram a liberdade, abrindo caminho para o Estado social. Chegamos, em suma, à conclusão de que este supera definitivamente o antigo Estado liberal, e, segundo a tese que sustentamos, tanto se compadece com o totalitarismo como com a democracia. O Estado social significa intervencionismo, patronagem, paternalismo.” (BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. Ed. Saraiva)

instâncias aptas a solucionar conflitos não precisam de posterior legitimação, pois já são contempladas pela decisão fundamental em prol do Estado de Direito. A novidade fica por conta da consciência da corresponsabilidade para com as condições sociais da sociedade. Em outros tempos se confiava em que os problemas sociais se resolvessem por si, a partir do livre jogo de forças. Estava-se disposto a pagar o preço da manutenção das condições sociais gravosas por parecer mais importante a liberdade. Mas um Estado corresponsável pelas condições sociais e apto para atuar não pode reproduzir as pautas da ação pública do liberalismo primitivo. O Estado Social de Direito está obrigado e dispõe de fundamentos para configurar a ordem social.¹⁰⁸”

Enfim, nesse modelo de Estado de Direito não há mais falar em sociedade modelando o Estado, mas, sim, o contrário, por meio de sua postura ativa, estimulada pela urgência em se implementar em caráter permanente uma segunda geração de direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais sociais, elemento graças ao qual se perfila sua distinção em relação ao velho Estado Liberal¹⁰⁹.

O Estado Social de Direito, conforma, em última análise, o Estado Material de Direito, no sentido de, sem abandonar os postulados do Estado de Direito, avançar na direção do desenvolvimento desse princípio com o fito de caracterizá-lo como aquele que impõe juridicidade, justiça¹¹⁰ e constitucionalidade como fatores imprescindíveis de sua atividade.

¹⁰⁸BENDA, Ernesto. *O Estado social de direito*. Manual de Derecho Constitucional, Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, Ed. Marcial Pons, 2ª Edição, trad. Antonio Lopez Pina. Citação: tradução livre.

¹⁰⁹ A doutrina do final dos anos vinte, notadamente a alemã e francesa, já apontava o esgotamento do velho Estado Liberal Burguês, já que, como salienta Zolo : “Com Heller e Neuman o Estado de Direito mantém uma ligação privilegiada com uma nova classe dos direitos (os direitos que podemos enfim chamar de sociais), que consagram juridicamente a pretensão de uma intervenção positiva do Estado em relação aos sujeitos. Permanece, de qualquer modo, confirmado um traço característico do Estado de Direito em todo curso de sua parábola: a sua destinação funcional garantista, a posição de vantagem que ele pretende oferecer aos indivíduos, e que, muitas vezes, se traduz em um leque de direitos. Se, contudo, na tradição oitocentista, o Estado de Direito se declara essencialmente fadado à tutela da liberdade e da propriedade, na fórmula helleriana, ao contrário, o Estado de Direito, tornado Estado de Direito Social, se vincula funcionalmente a uma classe de direitos que amplia e complica notadamente sua designação originária.” (ZOLO, Danilo. *Op. Cit.*)

¹¹⁰“O direito que informa a juridicidade estatal aponta para a idéia de justiça. O que é que faz a diferença entre um estado de direito e um estado de direito justo? A resposta depende da esfera de justiça que se pretenda reconhecer. Estado de justiça é aquele em que se observam e se protegem os direitos (rights), incluindo os direitos das minorias (Dworkin). Estado de justiça também é aquele em que há equidade na distribuição de direitos e deveres fundamentais e na determinação da divisão de benefícios da cooperação em

Enfim, esse modelo de Estado se exprime também como Estado de Direito calcado na legalidade, na legitimidade, na divisão de poderes, na constitucionalidade das suas normas, mas tomando cada qual desses valores em sua dimensão atualizada, posto que enquanto idéias e ideais políticos também experimentaram a alteração e o aperfeiçoamento histórico¹¹¹.

Nessa medida, sua cristalização de seu de forma a se ter na lei a diretriz mediadora das relações políticas e sociais, mas não qualquer lei, ou seja, apenas aquela em consonância com o direito, com a ordem constitucional, tanto quanto com respeito à tripartição de poderes, porém, reconhecendo-se a nova dinâmica na atuação de cada qual e, sobretudo, as urgências sociais.

Enfim, *“O Estado Social de Direito acolheu os valores jurídico-políticos clássicos, mas sempre de acordo com o sentido que eles foram tomando no curso da história, segundo as demandas e condições da sociedade atual. Ademais, junto a esses direitos clássicos deve-se incluir os direitos sociais e econômicos, e, em geral, aqueles que derivam da busca do valor existencial. Por fim, o Estado Social abrange direitos que tentam limitar a ação estatal, além de direitos às prestações estatais, sujeitas, naturalmente, ao princípio da eficácia. Isso exige harmonização entre racionalidade jurídica e racionalidade técnica.”*¹¹²

3.- O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1.- Democracia como valor político.

Ao lado da fé e do amor, o poder é inegavelmente um dos elementos responsáveis por estímulos de acentuada grandeza sobre o ser humano de uma maneira geral,

sociedade (Rawls). Estado de justiça considera-se ainda o estado social de justiça (justiça social).” (CANOTILHO, JJ Gomes. *Op. Cit.*)

¹¹¹GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Ed. Gen-Forense, tradutor Agassiz Almeida Filho.

¹¹²*Op. Cit.*

mobilizando - o permanentemente na busca de objetivos de variados matizes e se constituindo como aspecto inerente à trajetória histórica da humanidade¹¹³.

Sua presença se faz notar em diversificadas situações¹¹⁴, atinentes a relações econômicas, familiares, meramente sociais ou políticas, às quais se revela como dado imanente, fazendo-se em razão disto objeto de inumeráveis reflexões desde a mais remota antiguidade, sobretudo sob o prisma do melhor modo de seu exercício no governo dos homens.

Nesse aspecto, aliás, registros sobre a preocupação com o caráter e legitimidade do exercício do poder político são bastante antigos, despontando referências a respeito já em Homero, tanto quanto nas considerações de Heródoto e de Tucídides, particularmente no quanto concerne ao desnudamento do conceitos tais como o do “bom governo” ou do “governo justo”, no combate à tirania - o mal de sempre - , assuntos igualmente localizados em outros textos históricos, como o de Hesíodo, por exemplo¹¹⁵.

O interesse em pôr em causa a aceitabilidade do poder político situado nas mãos de um único homem era relativamente freqüente, colhendo-se em Heródoto, no debate dos conjurados persas, o seguinte: *“Otanes denuncia o poder de um só, a monarquia, e enaltece o dos mais numerosos, a democracia. Como poderá ser a monarquia uma boa forma de governo se mo monarca tem liberdade para fazer o que quiser, sem prestar contas de seus atos? O resultado só pode ser a húbriis, o descomedimento, a necessidade de adular, a desconfiança. Dispondo de tais poderes mesmo o homem mais virtuoso não tardará a corromper-se. Entretanto, o mais grave de tudo isso é que ele infringe as leis dos maiores, ordena execução sem julgamentos e perpetra violências contra mulheres. É*

¹¹³“Os três incentivos fundamentais que dominam a vida do homem na sociedade e regem a totalidade das relações humanas são: o amor, a fé e o poder; de uma maneira misteriosa estão unidos, entrelaçados. Sabemos que o poder da fé move montanhas, e que o poder do amor é o vencedor em todas as batalhas, mas não é menos próprio do homem a fé no poder e o amor no poder. A história mostra como o amor e a fé contribuam para a felicidade do homem, tal como poder para sua miséria. Entretanto, há algo em comum entre essas três forças, o homem comum pode experimentá-las e senti-las, assim como apreciar o efeito sobre si mesmo e seu meio-ambiente; mas não chega a conhecer sua própria realidade.” (LOWENSTEIN, Carl. *Teoria da constituição*. Tradução: Alfredo Gajego Anabitarte. Ed. Ariel S.A. (tradução livre do espanhol)

¹¹⁴STTOPINO, Mario. *Dicionário de política*. Coord. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. Ed. UNB.

¹¹⁵CHEVALIER, Jean Jacques. *História do pensamento político*. Zahar Editores, trad. Roberto Cortês de Lacerda.

*evidente, portanto, que à monarquia devemos preferir o governo do povo, a que chamamos isonomia – igualdade perante a lei – e que soa como o mais belos dentre todos os nomes.*¹¹⁶”

Indiscutível, considerado o exposto, que a história da política e das formulações filosóficas a seu respeito se desenvolve tomando em consideração a luta permanente pelo poder, fator em torno do qual gira o desenvolvimento da sociedade política desde seus primórdios de modo incontestável.

Parece obrigatório crer, aliás, tendo em vista a acumulação de conhecimentos até aqui produzidos, na realidade da constante ameaça representada pelo denominado *poder diabólico*¹¹⁷, fator previsível dada a própria natureza humana, dado a inspirar, mesmo antes de Montesquieu, a busca por modos efetivos de sua contenção dentro de limites aceitáveis.

À vista disso, embora tenha se tornado freqüente compreender que conceitualmente o poder não seja mais que meio, ou instrumento para a obtenção de certas vantagens¹¹⁸, ou conjunto de meios para se conquistar efeitos desejados¹¹⁹, a hipótese de seu controle e da legitimidade de seu exercício se constituem pautas permanentes de debate no desenvolvimento da ciência e da filosofia política.

Como se vê, desde sempre a história do pensamento político registra a busca pelo regime mais adequado ao governo dos homens, ou, em outras palavras, a busca pelo modo de se realizar o bom governo, o mais justo, o capaz de garantir a melhoria efetiva das

¹¹⁶*Op. Cit.*

¹¹⁷“Chegado a esse ponto, nossa análise do fenômeno do poder se vê confrontada com um fato psicológico fundamental. É evidente, e numerosas são as provas disso, que onde o poder político não está restringido ou limitado, o poder se excede. Rara vez, para não dizer nunca, exerceu o homem um poder ilimitado com moderação e comedimento. O poder carrega consigo um estigma, e só os santos entre os detentores do poder – e onde seria possível encontra-los? – seriam capazes de resistir às tentações quanto a abusar do poder. Em nossa exposição tem sido utilizado até agora utilizado o conceito de poder para designar elemento objetivo do acontecer político, sem nenhuma qualificação ética; todavia, o poder não controlado é, por sua própria natureza, mau. O poder encerra em si mesmo a semente de sua degeneração. Isto quer dizer que quando não está limitado se transforma em tirania e arbitrário despotismo. Daí poder não controlado adquire um acento moral negativo, que revela o demoníaco no elemento do poder e o patológico no processo do poder.” (LOWENSTEIN, Karl. *Op. Cit.*).

¹¹⁸Hobbes (in BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. *Teoria generale de la politica*. Ed. Trotta, trad. Antonio di Cabo e Gerardo Pisarello – tradução livre do espanhol)

¹¹⁹B. Russel (in BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. *Teoria generale de la politica*. Ed. Trotta, trad. Antonio di Cabo e Gerardo Pisarello – tradução livre do espanhol)

condições de vida dos cidadãos de um modo geral, campo em que o confronto entre a melhor adequação do poder exercido por um, por alguns, ou por todos os destinatários das deliberações em seu nome tomadas se torna nota particular e freqüente no círculo das idéias.

Desse ponto de vista, aliás, a cultura helênica ainda ecoa e referencia a teoria política, desde a aristotélica concepção da *polis* como organização concebida pela razão humana, e como *locus* infenso à força, aos interesses passageiros ou às prescrições dos deuses, porque espaço reservado à ordenação da natural sociabilidade humana e de cultivo à relevância do ser humano, único e distinto de todos os demais seres vivos justamente por tratar-se o homem do animal singularizado pela aspiração de ser deus¹²⁰.

A propósito, sob o prisma empírico, por evidenciar estrutura de organização política sob cuja arquitetura se abrigavam, hierarquizadamente, as *ghenos* e as *fratrias*¹²¹, a *polis grega* inaugura o rico período das cidades-Estado¹²², elemento propulsor da teorização e experiência políticas reveladoras da constante oposição entre o regime autocrático e o democrático na gestão dos interesses comuns da cidadania.

Desde aquele momento histórico, pois, o elemento democrático já se punha como um valor político a ser consagrado, por significar via mais adequada à legitimação das deliberações públicas, dessa maneira respaldadas por um indiscutível consenso da cidadania.

E era o que se via, indubitavelmente, na organização política ateniense, por exemplo, com suas diversas magistraturas, o Conselho e, ainda, a Assembléia, organismos que instrumentalizavam a produção de soluções consensuadas no plano da gestão dos interesses comuns.

¹²⁰CHÂTELET, François. *História das idéias políticas*. Zahar Ed., tradução: Carlos Nelson Coutinho.

¹²¹BONINI, Roberto. *Dicionário de Política*. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Paquino. Ed. UNB.

¹²²Há quem veja a possibilidade de a democracia ser anterior a esse período, dentre vários motivos pelo fato de que ela pode ter surgido de um processo evolutivo histórico - inventada mais de uma vez -, além do que por ser viável que nações mais antigas possam ter períodos de situação democrática sufocados por outros que o sucederam, tornando-se impossível um levantamento minucioso a respeito.(cf. DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Editora UNB, tradução Beatriz Sidou)

Por isso mesmo, democracia, enquanto governo no qual *comanda a maioria*¹²³, tem historicamente como referência sempre indeclinável a ateniense, que se contrapunha a distintos modelos de poder, e que desde então, pela obra inestimável de Solon, Clístones e Péricles, acabou por fincar na história do pensamento político universal o governo dos comuns como um valor cultural que atravessou os tempos em busca de consolidação de espaços de maior harmonia e igualdade entre os homens e, também, de seu aperfeiçoamento enquanto sistema de relações políticas em sociedade¹²⁴.

Vários aspectos da democracia grega são ressaltados como aqueles que notabilizam seu modo de ser, passando à história como relevante legado cultural a ser aperfeiçoado por gerações posteriores, dentre os quais, por exemplo, a criação de um Judiciário, a governança do interesse público com fundamento normas ou decretos editados pela Assembleia, além, é claro, do respeito à isonomia e participação dos cidadãos nas deliberações públicas relevantes.

De qualquer maneira, essa vocação humana para a liberdade, levou a cultura ocidental a cristalizar ao longo do tempo a idéia de democracia como um valor a alicerçar a ciência política e o modo de ser ideal da gestão do interesse público.

3.2.- As discussões sobre a democracia nos dois últimos séculos.

Se alguns registram que a expressão democracia se apresenta semanticamente manipulável, esvaziada de sentido, parece razoável crer que sua relevância ainda permanece nos dias de hoje por se tratar de regime político cuja singularidade reside no

¹²³CHÂTELET, François. *História das idéias políticas*. Zahar Ed., tradução: Carlos Nelson Coutinho.

¹²⁴“A contribuição singular de Atenas consiste em ter respondido praticamente, instaurando este último regime – democracia – e, sobretudo, inventando uma outra definição de democracia. No final do século VI a.C. e durante a segunda metade do século seguinte o poder democrático realizou uma série de reformas que estenderam o estatuto de cidadãos plenos à totalidade dos habitantes masculinos nascidos atenienses, assegurando-lhes assim a igualdade diante da lei (isonomia) e o acesso às magistraturas. É instituída uma centena de municipalidades, agrupadas por dez tribos, administradas por um conselho, que compreende todos os cidadãos nelas englobados. O poder central é exercido pela Assembléia Popular, que reúne todos os cidadãos dez vezes por ano e nas circunstâncias graves; é ela que toma decisões soberanamente, adota decretos, elege magistrados encarregados do executivo, designa de seu seio os encarregados das câmaras de justiça...”(*idem*)

fato de ser o único a admitir o conflito como legítimo e, ainda, a permitir a organização de movimentos sociais como contrapoder frente ao Estado¹²⁵.

Dessarte, se o século XX, com suas duas conflagrações mundiais, foi, realmente, um período difícil, por isso também foi aquele em que mais se enriqueceu o debate em torno dos meios democráticos de convivência, notadamente pelo recrudescimento das autocracias em sua primeira metade¹²⁶.

Cada um a seu modo, Bentham, Stuart Mill, Colle, Laski, Schumpeter, dentre outros, desenvolveram acepções sobre a democracia, analisadas detidamente em obra clássica de Macpherson sobre a democracia liberal¹²⁷, pontificando nesse intenso debate teórico o nível de abrangência da experiência democrática, ou, em outros termos, a conveniência de sua extensão ao domínio social e econômico, ou se bastante sua limitação ao cenário político, como mero procedimento formal indispensável à tomada de decisões políticas.

O próprio Macpherson, vale dizer, firma posição nitidamente mais ampla à medida que propõe “...um modelo de democracia onde exista uma diminuição gradual dos pressupostos de mercado e uma ascensão gradual do direito igual de desenvolvimento individual. Para tanto apresenta um conjunto de pré-condições, que seriam as condições sociais da democracia: mudança da consciência do povo e grande diminuição da atual desigualdade social e econômica, eis que a desigualdade exige um sistema partidária não participativo para manter o status quo. Acentua que há uma espécie de círculo vicioso: não se pode conseguir mais participação democrática sem haver uma prévia mudança da desigualdade social e sua consciência, mas também não se consegue mudar ambas as condições sem um aumento anterior da participação democrática. Daí a prescrição de

¹²⁵STRECK, Lenio Luis e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Editora Livraria do Advogado, 3ª Edição, fundados em observação de Marilena Chauí.

¹²⁶“Em 1939 somente três das grandes potências – a Inglaterra, a França e os Estados Unidos – continuavam na lista dos países democráticos. Entre os estados menores, a democracia sobrevivia na Suíça, na Holanda, na Bélgica, na Finlândia, nas monarquias escandinavas, em algumas repúblicas latino-americanas e nos domínios autônomos da Comunidade Britânica. Quase todo resto do mundo sucumbira ao despotismo, de uma forma ou outra. A Itália, a Alemanha e a Espanha eram fascistas; a Rússia, comunista; a Hungria, dominada por uma oligarquia de latifundiários; enquanto a Turquia, a Polônia, a China e o Japão eram, em essência, ditaduras militares.” (BURNS, Edward McNall. *História da civilização ocidental*. Editora Globo.)

¹²⁷*Idem*.

*Macpherson para que se estimulem os procedimentos que viabilizem as propostas tanto de Marx quanto de Mill, numa democracia que ele chama de participativa...*¹²⁸,

Realmente, patenteava-se desde o início do século a urgência do reconhecimento de que a democracia não se basta sob o prisma político, sendo talqualmente imprescindível empregá-la no plano econômico e social, sob pena de se esvaziar o sentimento democrático¹²⁹.

À vista da experiência histórica, captava-se, em última análise, que se democracia, sob um prisma eminentemente formal, pode se mostrar, com efeito, como um utilíssimo conjunto de regras procedimentais a que se submentem as deliberações públicas¹³⁰, seria melhor que também pudesse ser encarada sob o ângulo substancial, ou seja, como fator de real e concreta mobilidade social e garantia de uma distribuição mais justa da riqueza.

Tal como já se consignou em sede doutrinária: *“Juntamente com a noção comportamental de democracia, que prevalece na teoria política ocidental, e no âmbito da political science, foi se difundindo na linguagem política contemporânea um outro significado de democracia, que compreende formas de regime político como dos países socialistas ou países do Terceiro Mundo, especialmente os africanos, onde não vigoram ou não são respeitadas mesmo quando vigoram, algumas ou todas as regras que fazem sejam democráticos, já depois de longa tradição, os regimes liberais-democráticos e os regimes sociais-democráticos. Para evitar a confusão de significados tão diversos do mesmo termo, prevaleceu o uso de especificar o conceito genérico de democracia com um atributo qualificante e, assim, se chama de formal a primeira e substancial a segunda. Chama-se de formal a primeira porque é caracterizada pelos chamados comportamentos universais (universall procedurall), mediante o emprego dos quais podem ser tomadas decisões de conteúdo diverso (como mostra a co-presença de regimes liberais e democráticos ao lado de regimes socialistas e democráticos). Chama-se substancial à segunda, porque faz referência prevalentemente a certos conteúdos inspirados em ideais*

¹²⁸*Idem.*

¹²⁹“É evidente que a democracia requer uma grande dose de justiça social e uma razoável preservação do habitat nacional e das fontes de recurso, como lembra Karl Deutch, paa preservar o cidadão de amanhã. Não é possível falar em democracia em meio a indicadores econômico-sociais que apontam para (ou abaixo da) linha de pobreza. Uma grande dose de justiça social é condição de possibilidade da democracia.” (*idem*)

¹³⁰BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política. Op. Cit.*

*característicos da tradição do pensamento democrático, com relevo para o igualitarismo.*¹³¹”

Enfim, o debate teórico em torno da democracia no último século não dispensou a controvérsia sobre ter ela natureza eminentemente procedimental, sendo, portanto, neutra sob a ótica da isonomia, ou se, ao contrário, entre seus objetivos deveria se encontrar o de prestigiar objetivamente a solidariedade social como preceito de máxima relevância¹³².

A própria formulação de um modelo de Estado Social de Direito, a propósito, depõe em favor da força da solidariedade social como um valor congruente com aquele representado pelos meios democráticos de gestão governamental do interesse comum, o que assegurou seu triunfo no pós-guerra, como consolidação do ideário já presente nas constituições Mexicana (de 1917) e de Weimar (de 1919) em décadas anteriores.

Assim, se Estado Social de Direito é não mais que um Estado em que a gestão política se realiza em consonância e por meio do Direito, e, mais ainda, garantindo-se igualdade de condições no acesso a direitos sociais fundamentais, o modelo democrático nele prestigiado não é outro, que não aquele abrangente da promoção de isonomia social mínima, ou, de outro modo dito, com justiça social.

3.3.- O Estado Democrático de Direito.

A experiência democrática e o constitucionalismo do pós-guerra, estruturados ideologicamente a partir de pactos e convenções internacionais relativos à defesa e implementação de meios garantidores dos direitos fundamentais¹³³, fizeram sobrepairar no mundo ocidental modelo de organização política a eles fortemente vinculados.

O Estado Democrático e Social de Direito, claro, emergiu como fórmula ideal para a concretização do sentimento constitucional então comum, notadamente em solo europeu,

¹³¹*Idem.*

¹³²JEANNENEY, Jean Noël. *Democracia liberal ou social, in Democracia*, Ed. Record, Coord. Robert Darnton e Olivier Duhamel.

¹³³Carta dos Direitos do Homem, de 1948, e Pacto Pelos Direitos Culturais, Sociais e Econômicos, de 1.966, ambos da ONU.

malgrado minguassem as expectativas por ele suscitadas em torno do cumprimento efetivo de suas finalidades, o que resultou objeto de constatação irrefutável¹³⁴.

Note-se que, se sua característica básica era o apreço particular pela tutela dos direitos fundamentais de segunda geração – direitos sociais, culturais e econômicos - sem abandono do liberalismo econômico, e, enfim, do capitalismo como sistema prevalecente, o que se revelou insuficiente para garantir a implementação permanente de políticas capazes de assegurar democracia social.

Como já admitido no campo doutrinário: *“a transformação do Estado Liberal de Direito, não se dá, assim, apenas no seu conteúdo finalístico, mas, também, na reconceitualização de seu mecanismo básico de atuação, ou seja, a lei. Todavia, o conteúdo social, adrede ao Estado, não abre perspectiva a que se concretize uma cabal reformulação dos poderes vigentes à época do modelo clássico. Precisa ser referido que mesmo sob o Estado Social de Direito, a questão da igualdade não obtém solução, embora sobrepuje sua percepção puramente formal, sem base material”*¹³⁵.

Ao não realizar seus objetivos, como seria de esperar, notadamente no tocante à materialização de igualdade social, o Estado Social de Direito converte-se tecnicamente em uma idéia suspeita, já por padecer os males da desconfiança oriunda da ocultação, sob suas formas, de sua fragilidade ante a expansão das propostas ascendentes do neocapitalismo, florescido igualmente no pós-guerra.

A mera adjetivação, o rótulo *social* em si, assim como já se havia percebido antes, não lhe bastava e era de apequenado significado, justamente por sua polissemia e

¹³⁴“A exigência de que o Estado de Direito viesse a supor a realização material das aspirações e necessidades reais da sociedade, somada ao desencanto produzido pela aparição de fenômenos claramente contrários à essa conquista no Estado social de Direito (centralismo de Estado, marcadas desigualdades sociais e econômicas, sociedades multinacionais e grandes monopólios, típicos do neocapitalismo, manipulação da opinião pública através dos meios de comunicação de massa) motivaram o esforço doutrinário, notadamente no seu setor mais progressista, a potencializar as virtudes do princípio democrático no contexto do Estado social de Direito.” (LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho e constitución*. Ed. Tecnos, Madri. Tradução livre do espanhol)

¹³⁵STRECK, Lenio Luis e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Editora Livraria do Advogado, 3ª Edição.

apropriação anterior por acólitos de diversificados tipos de pensamento político autoritário, que dele se valeram apenas para justificar acentuação de desigualdades¹³⁶.

Pôr sob equilíbrio o convívio social em liberdade era o grande propósito do Estado Social, já que garantir liberdade sem satisfazer a carência de igualdade de oportunidades materiais, quando muito, normaliza indevidamente a sociedade injusta, e avessa à própria idéia de Direito, já porque válido o pressuposto de que a liberdade sem isonomia, ao menos no ponto de partida, resulta na perpetuação de circunstâncias sociais incompatíveis com os propósitos de uma filosofia política calcada dos direitos fundamentais¹³⁷.

Por tais motivos, e como eram graves os compromissos do Estado Social, sua inaptidão para garantir, de fato, participação mais ampla da sociedade no processo político e no econômico, também pesou em favor de buscas por alternativas capazes de propiciá-las.

Esse quadro originou a formulação do Denominado Estado Democrático de Direito, em que sobre um alicerce inteiramente democrático e inclusivo, impõe a governança do interesse público mirando, sobretudo, o propósito de dotar a cidadania de um mínimo

¹³⁶“Há de último – e aqui estamos de concluir a parte teórica da nossa intervenção – uma quarta e última modalidade de Estado Social, mas esta já perdeu as amarras com as regras e estruturas de uma organização pluralista, razão porque não vamos nos ocupar de tal modelo, por achar que ele revoga o pacto democrático, ao vincular-se irremissivelmente com formas autoritárias, ditatoriais ou totalitárias de monopólio do poder político, sem nenhuma abertura para o livre consenso que congrega a vontade participante da cidadania. Sua ordem econômica está toda encarcerada no arbítrio do Estado, de tal maneira que a Constituição é, quando muito, uma duvidosa e suspeita declaração de direitos sociais, não havendo nela lugar para resguardar, manifestar e proteger os direitos humanos de participação democrática, ou seja, os direitos políticos da liberdade, da mesma forma que as Cartas ou Constituições do Estado Liberal, preocupadas apenas com a injustiça da sociedade feudal, mas indiferentes à injustiça social do sistema capitalista, omitiam e ignoravam as franquias do trabalho e do trabalhador em suas pomposas Declarações de Direito. Quando se aparta da liberdade, o Estado Social das ditaduras se converte em Estado anti-Social.” (BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*).

¹³⁷“Também a igualdade já se pôs como um valor fundamental da pessoa humana, ligado à igualdade substancial de todos os homens. Relativamente à igualdade, é preciso também uma reformulação da própria concepção. Realmente, o individualismo exacerbado afirmou a liberdade como um valor, mas limitou-se a considerá-la um direito, sem se preocupar em convertê-la em uma possibilidade. Em consequência, também a liberdade foi apenas formal, pois os desníveis sociais profundos, mantidos em nome da liberdade, e impossibilidade prática de acesso aos bens produzidos pela sociedade tornavam impossível, para muitos, o próprio exercício dos direitos formalmente assegurados.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria geral do estado*. Ed. Saraiva)

material indispensável, como suposto da liberdade política, aliás, canalizada para espaços mais expandidos de participação, via democracia direta ou semi-direta¹³⁸.

Cuida-se, assim, de uma tipologia de Estado de Direito em que toda atividade estatal se funda não apenas no sistema jurídico, mas na sua interpretação e aplicação democráticas, vale dizer, segundo um senso de justiça social, que baliza imprescindivelmente toda e qualquer atividade estatal.

Tal como é possível colher em sede doutrinária: “A *configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático. Consiste na verdade na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo.*¹³⁹”

O contexto novo, criado a partir das estruturas e do modo de ser desse modelo de Estado, atina com seu compromisso de promoção da transformação social em clima de liberdade e participação ampla da sociedade política, inclinando-se a uma postura mais ativa e comprometida com os fins perseguidos.

Tem suas feições modeladas por um pacto constitucional particularmente voltado à consideração da dignidade humana como ponto de partida obrigatório, cuja tutela permanente se põe como sentido de suas ações¹⁴⁰.

¹³⁸“A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e que deve ser exercido em nome do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, § único); participativa porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe, assim, o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a convivência de formas de organização de interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão, que não depende apenas do reconhecimento formal de direitos, individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer seu pleno exercício.” (SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*)

¹³⁹SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*

¹⁴⁰“Com a fraternidade, íntima conexão entre liberdade e igualdade atinge a síntese plena; é mister ‘lograr uma difícil porém desejável superação do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito na síntese do Estado Democrático de Direito, que, além do mais, alberga postulados de exigências socialistas.(...) O Estado Democrático de Direito só pode ser o Estado da plenitude dos ideais humanos, e, com eles, o Estado da plena realização da pessoa humana: ‘o êxito da experiência democrática, e com ele o destino da liberdade nas sociedades contemporâneas, vem a ser o próprio destino do homem político, como ser dotado de uma essencial dignidade.’” (HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*. Ed. Alameda)

Não se pode negar que essa caracterização, de uso corrente em sede doutrinária¹⁴¹, não se sobressai única, reconhecendo-se também que debaixo desse conceito há possibilidades diversas de entendimento, havendo, nesse sentido, quem enxergue três acepções, pelo menos, para a idéia de Estado Democrático de Direito, uma fraca, outra mediana e uma terceira mais forte, na qual se dá uma intensificação dos reflexos na dinâmica do processo decisório ou de materialização de deliberações públicas, com um aprofundamento e maior abrangência do conceito de cidadania, então ampliada no sentido de abarcar todo e qualquer membro da sociedade política, sem prejuízo do estabelecimento de canais mais amplos de comunicação e influência do cidadão comum no planejamento e realização de ações governamentais, que, por sua vez, não poderão ser levadas a efeito apenas em consonância com a lei, mas, sobretudo, em compatibilidade com a norma legítima¹⁴².

Nesse sentido, a propósito, o elemento democrático, que lhe é imanente, veda qualquer possibilidade de produção de normas ou decisões de maneira arbitrária, vale dizer, ao arrepio da preservação dos interesses perseguidos, não se permitindo, enfim, a desconsideração pura e simples dos preceitos igualitaristas que o informam, já que a experiência histórica revela as fartas possibilidades de descaminhos da democracia quando vista e materializada apenas sob o prisma formal, vale dizer, sob uma ótica eminentemente procedimentalista.

Frente a isso, no Estado Democrático de Direito, mesmo a regra da maioria há de estar sob controle, a fim de se evitar deliberações nela margeadas que acarretem, em última análise, soluções contraditórias em relação à constituição material, por isso mesmo valendo dizer que resguardar a democracia em sua essência implica cuidados permanentes em

¹⁴¹“Em que pesem pequenas variações semânticas em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, dentre outras, a Constituição brasileira. Mais ainda, agora já no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar a seus cidadãos o exercício efetivo não só dos direitos civis e políticos, como também, e sobretudo, dos direitos culturais, sociais e econômicos, sem os quais de nada valeria a proclamação daqueles direitos.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; E GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. Ed. Saraiva.

¹⁴²SAMPAIO, José Adércio Leite. *O estado democrático de direito, in Direito constitucional, estado de direito e democracia*. Ed. Quartier Latin.

relação a esse aspecto, de tal forma que deliberações majoritárias : “ (a) ...*não estão acima do direito, mas sob o direito. Essa tese se impõe, inclusive, durante o período constituinte, cujas decisões, apesar de não se submeterem a normas positivas constitucionais ou de outra índole, devem sujeitar-se a valores jurídicos fundamentais estimados pela consciência social; (b) a maioria não dispõe de um poder ilimitado sobre o Estado ou sobre o seio do Estado. Pelo contrário, (i) deve atuar dentro dos limites que a Constituição traçou para o Estado, ou, dito de outra maneira, dentro da competência fundamental, delimitadas especialmente pelos direitos e liberdades públicas, que limitam área de autonomia deixada aos indivíduos e à sociedade. Além disso, a maioria deve agir (ii) dentro da área de ação do Estado. Só pode atuar adaptando-se à distribuição de competências estabelecidas pela Constituição e pelas leis, que se sustenta, em últimos termos, na divisão de poderes. (c) Por conseguinte, o processo democrático de tomada de decisões deve se adaptar às formas e procedimentos estabelecidos pelas normas jurídicas. (d) As decisões tomadas pela maioria parlamentar não são eo ipso justas nem constitucionais. Ademais, tanto em defesa de minorias, quanto no interesse da Constituição deve ter lugar a possibilidade de se questionar sua validade ante uma jurisdição constitucional.*¹⁴³”

Em síntese, igualdade e liberdade caminhando juntas, como é próprio desse modelo de organização política, se opõem à arbitrariedade, em qualquer de suas formas¹⁴⁴.

Ademais, disso, como lembrado oportunamente, esse Estado Democrático de Direito, para além disso, é também compromissado com uma atividade prospectiva, visando à preparação de melhores condições de vida futura para a cidadania, já que “ *não se trata, todavia, de um projeto de joint venture entre presentes apenas, mas também com o futuro. O bem-estar não é apenas uma finalidade de agora e aqui, mas um processo que traz os cidadãos de amanhã para um diálogo, faticamente, como se representados estivessem. Eis*

¹⁴³GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Ed. Gem-Forense.

¹⁴⁴“Explicitamente do que a Constituição fala é em Estado de direito democrático, não apenas em Estado de direito. Do mesmo modo, agora implicitamente, quando se fala em princípio democrático, do que se fala é de um Estado democrático de Direito. O Estado de direito só o é verdadeiramente enquanto democraticamente legitimado (pela sua formação e pelo seu conteúdo). O Estado democrático só o é genuinamente enquanto sua organização e funcionamento assentam no direito e não na prepotência.” (CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra Editora.)

*porque o Estado democrático de direito é também um Estado intergeracional, econômica e socialmente sustentável.*¹⁴⁵”

O Estado Social Democrático de Direito é aquele em que se garante de maneira mais adequada e eficaz a tutela à dignidade humana, pois uma vez fora do ambiente gizado por essa perspectiva ela define-se como valor sob garantia¹⁴⁶.

É sob sua perspectiva que se compatibilizam condições viabilizadoras do livre desenvolvimento da personalidade, da autonomia individual, portanto, com aquelas outras modeladoras da sociedade, assentadas em uma visão solidarista da convivência social.

Aliás, sobre o tema, vale consignar relevante opinião, corrente, por sinal, entre constitucionalistas lusitanos, segundo a qual “...*rejeitamos a diluição do primado da idéia de proteção à autonomia e realização da personalidade individual – que em nosso entender constitui o núcleo fundamental e imprescindível de qualquer realização histórica do Estado de Direito – no princípio do Estado social e democrático de Direito. Pois, embora concordemos que o Estado de Direito não possa ser hoje abstratamente perspectivado como princípio essencialmente anti-estadual, pensamos, contudo, que há no conceito uma irreduzível e essencial dimensão de defesa ou reserva da autonomia individual face ao Poder (público ou privado), mesmo quando se exige do Estado uma intervenção configuradora da esfera social ou quando o próprio Estado se legitima, natural e intrinsecamente, na tarefa de possibilitar e promover a autonomia individual.*”¹⁴⁷

Indubitavelmente, pois, fala-se de um modelo político de Estado peculiarizado por sua presença efetiva e, ademais, pela predisposição de atuar objetivamente na transformação democrática da realidade social, sempre fundado nos direitos fundamentais individuais e sociais, que são entre si correlacionados e interdependentes.

¹⁴⁵*Idem.*

¹⁴⁶NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra Editora.

¹⁴⁷*Idem.*

Dessa maneira, se orienta por diretrizes tais, como socialidade ou justiça social, segurança jurídica, organização democrática da sociedade, constitucionalidade estrita na atuação, divisão de poderes etc¹⁴⁸.

Promoção de direitos e transformação social, enfim, são o seu mote essencial¹⁴⁹.

4.- O ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO ESTADO CONSTITUCIONAL

4.1.- *Constitucionalismo.*

Até aqui, como visto, se desenvolveu uma idéia relativa ao Estado tal como a partir da modernidade foi concebida, constatando-se a respeito sua ligação forte com a visão contratualista, na qual figura como resultante de um pacto político em que racionalmente se organizam, sobre um dado território – ao menos em princípio – os poderes dirigentes de uma nação.

Essa realidade institucional faz supor, naturalmente, uma identidade entre organização racional e disciplina dos poderes políticos constituídos no que concerne ao exercício de suas funções, trazendo a reboque a regulação das garantias da sociedade frente a eles, a fim de se evitar o puro arbítrio.

De se notar, nesta perspectiva, a razoabilidade de afirmações correntes no cenário da doutrina sobre a imanência de um sentimento constitucional e, afinal, de uma constituição em relação a povos quaisquer que vivam sobre um território e sob uma mínima organização do poder político¹⁵⁰.

¹⁴⁸STRECK, Lenio Luis e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Editora Livraria do Advogado, 3ª Edição.

¹⁴⁹“Quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta limitação ou promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do status quo. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, não estando mais atrelada inevitavelmente à sanção ou promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais.” (STRECK, Lenio Luis e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Idem*.)

¹⁵⁰“De acordo com essa ordem de considerações e utilizando a terminologia proposta pelo sociólogo Emile Durkheim, toda sociedade humana é um fato e pode ser reconhecida e estudada por meio de seus aspectos exteriores, como se estuda uma coisa, o que não significa, entretanto, considerar apenas os elementos

Traduzida inicialmente por uma acepção que lhe atribui a natureza de um pacto social com viés naturalmente político, sua existência se mostra para alguns como ancestral, ao menos nessa ótica eminentemente sociológica, vale dizer, factualmente, o que não significa dizer que desde sempre houvesse uma certa tipologia de constitucionalismo, já que, como se pode conferir em sede doutrinária: *“A distinção entre constituição formal e material, que conduz à codificação em um documento escrito das normas fundamentais de uma sociedade estatal adquiriu sua forma definitiva no ambiente racionalista da Ilustração. Ademais, a existência de uma constituição escrita não se identifica com o constitucionalismo. Organizações políticas ancestrais viveram sob um governo constitucional sem sentirem a necessidade de articular os limites estabelecidos para o exercício do poder político; essas limitações estavam tão profundamente enraizadas nas convicções da comunidade e nos costumes nacionais, que eram naturalmente respeitadas por governantes e governados.”*¹⁵¹

Destarte, se o estudo histórico das diversas sociedades politicamente organizadas é revelador quanto à existência intuitiva, por assim dizer, de uma disciplina qualquer de suas relações políticas internas, o que se constataria desde os hebreus antigos, os gregos da era clássica ou mesmo os romanos a seu tempo, disso não se pode extrair conclusões afirmativas sobre já se cultivar nesses respectivos períodos uma doutrina científica sobre o valor de pactos dessa natureza, assim como de seus métodos e objetivos.

Nesse ponto, o consenso doutrinário faz vingar entendimento de que a teorização efetiva sobre o exercício do poder político e a urgência do cuidado normativo que se deva ter sobre seus limites, com o intuito bem definido de estabelecer garantias de liberdade e preservação de igualdade entre os membros da sociedade política, apenas veio a ter lugar na modernidade.

materiais que nela estão presentes. Em tal sentido e independentemente de considerações de ordem jurídica, todo povo tem uma constituição, pois é formado de elementos de várias espécies, e tais elementos se acham organizados de uma certa forma, compondo uma unidade. Isso é verdadeiro para todos os povos que já existiram em qualquer época e para os que existem agora. Essa é a constituição de fato, que não depende de formalidades jurídicas, mas podem ganhar consequências jurídicas.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*. Ed. Saraiva, p.21-22) No mesmo sentido : MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, Tomo II*, p. 8-9. Coimbra Editora.

¹⁵¹LOEWENSTEIN, Karl. *Op. Cit.*, p.154.

É datada, pois, essa preocupação.

Os dados históricos revelam que esse movimento que tende a pôr sob mira do pensamento científico a normatização do exercício do poder político por meio de estratégias técnicas bem definidas, data do século XVIII¹⁵², pelo menos, momento no qual se avultavam as reflexões filosófico-políticas a respeito.

O primeiro texto constitucional é, com efeito, desse período¹⁵³, constituindo-se marco de um primeiro traço de constitucionalismo moderno a iniciativa norte-americana de lançar em texto escrito sua Constituição, em relação a qual se reconhece uma maneira precursora de se organizar politicamente uma nação, referência do constitucionalismo moderno, pois, como se vê de opinião doutrinária relevante: *“Se no modelo continental europeu pré-revolucionário a positivação dos direitos naturais acompanha a delimitação especialmente do direito civil-privado, e subsidiariamente do direito penal, no modelo americano a positivação dos direitos naturais acompanha, e se identifica, com a formação de um direito constitucional. Característico do direito americano é, pois, o constitucionalismo; e, realmente, com a Carta dos Direitos e com a Constituição americana se introduz na cultura jurídica o constitucionalismo moderno (enquanto distinto do constitucionalismo medieval). Pode-se dizer que há um direito constitucional (no sentido moderno) quando a estrutura organizativa apresenta três elementos, ou seja: (a) a organização do poder político em função da tutela e garantia de direitos tidos como preexistentes e com a garantia de inviolabilidade de tais direitos; (b) o caráter individual e não corporativo dos direitos tutelados; (c) a instituição de dois níveis, hierarquicamente postos, de legalidade, isto é, a legalidade ordinária e a legalidade constitucional.”*¹⁵⁴

¹⁵²“Inicialmente a Constituição, quando surge como um tipo de norma no Ocidente, no final do Século XVIII (suas duas grandes manifestações são norte-americanas, desde a de 1787, e as que se sucederam após a Revolução Francesa), não é a norma que define em um instrumento único ou codificado a estrutura política superior de um Estado, mas, precisamente, mas a que o faz a partir de alguns pressupostos e com um determinado conteúdo. Esses pressupostos radicam nas sua origem popular ou comunitária, no que claramente se expressa a doutrina do pacto social e seu postulado básico da auto-organização como fonte do poder e do Direito...” (ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Ed. Thomson – Civitas, p.47).

¹⁵³“A Constituição dos Estados Unidos da América é a mais antiga constituição escrita do mundo. É composta por duas secções. A primeira chamada a Constituição, data de 1.787 e diz respeito à organização do Estado; a segunda, data de 1.791, e é relativa à liberdade dos cidadãos.” (CAENEGEM, R.C. Von. *Op. Cit.*, p.189-190)

¹⁵⁴TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Ed. Il Mulino, p.561. Tradução livre do texto em italiano.

Compreendido, então, como uma espécie de movimento cultural e científico, o constitucionalismo brota inevitavelmente a partir do século XVIII trazendo uma contribuição inestimável à evolução das possibilidades de convivência social democrática, porque arquitetado sobre uma estrutura teórica e ideológica concebida, afinal, para fomentar o controle do poder político por meio de processos garantidores de espaços vitais de liberdade.

Sua melhor conceituação, assim admitida, para fins deste trabalho, reflete a percepção seguinte: *“Constitucionalismo é uma teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É no fundo uma teoria normativa da política, como a teoria da democracia ou do liberalismo.”*¹⁵⁵

O constitucionalismo, pois, se afigura mesmo como um movimento teórico, cuja afirmação se deu à luz de seus objetivos claros em prol da produção de técnicas e meios devotados não só ao controle do poder , como também da afirmação de direitos, estabelecendo seu ciclo existencial a partir do iluminismo, e, portanto, ganhando peso sob o influxo do racionalismo crescente, sobretudo, no século XVIII, quando maior a influência de expoentes da teoria política da época, e notadamente – dentre eles – a figura de Rousseau¹⁵⁶.

Pode-se afirmar, a propósito, que à base dessa teoria constitucionalista germinada no efervescente período das iniciais discussões sobre a dignidade humana, os direitos fundamentais, especialmente liberdade e igualdade, se encontra uma estratégia filosófica

¹⁵⁵CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.*, p.51

¹⁵⁶“Sinteticamente, tem-se que o constitucionalismo moderno revela-se na idéia básica de registrar por escrito o documento fundamental do povo. Esse conteúdo constitucional traduzia, por certo, os termos do antigo contrato social de Rousseau, que nesse momento deixava a condição de ficção, de teoria política, para tornar-se o diploma jurídico de maior relevância dentro dos ordenamentos estatais.” (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. Ed. Saraiva, p.33)

desde logo perceptível, qual seja, fazer subordinar os soberanos ao controle de suas atividades por meio do Direito¹⁵⁷.

Dessa maneira, como *teoria normativa da política*, o constitucionalismo tem engendrado fórmulas, ou meios, aptos à obtenção daquilo que se convencionou denominar de *vida boa* das sociedades políticas em geral, fixando, exemplificativamente, como técnicas imprescindíveis a forma escrita dos textos constitucionais, a divisão de poderes, as garantias e direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade, dados compositivos do denominado *constitucionalismo contemporâneo*¹⁵⁸.

Quer se dizer com o exposto, pois, que sendo verdade o fato de que na significação do que venha ser constitucionalismo presta contributo inelutável o fator ideológico - de onde decorre a natural existência de diversas ou distintas versões ou acepções dessa expressão conceitual -, o fato é que contemporaneamente pode-se levar em conta alguns fatores que o caracterizam no plano de seus objetivos, notadamente quando se cogita da constituição como uma *ordem de valores sobre a qual se alicerça a sociedade política*.

Frisa-se, assim, que o desejável constitucionalismo de hoje, deve ser, claro, aquele denominado *constitucionalismo social*, cuja nota forte condiz não apenas com o controle do poder político ou garantia de espaços de liberdade, mas, para além disso, o comprometido com a inclusão ou atribuição de cidadania plena a determinadas faixas da

¹⁵⁷“O constitucionalismo moderno sustenta a limitação jurídica do poder do Estado em favor da liberdade individual. Ele surgiu na Modernidade, como forma de superação do Estado Absolutista, em que os monarcas não estavam sujeitos ao Direito – eram *legibus solutus*. Alguns movimentos históricos foram essenciais para o surgimento do constitucionalismo moderno, como a ascensão da burguesia como classe hegemônica; o fim da unidade religiosa na Europa, com a Reforma protestante; e a cristalização de concepções de mundo racionalistas e antropocêntricas, legadas pelo Iluminismo.” (SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Ed. Forum, p.70)

¹⁵⁸Constitucionalismo contemporâneo aqui tem um sentido de ser aquele que se revela compromissório, principiológico e dirigente (STRECK, Lênio. *Verdade e consenso*. Ed. Saraiva, p.65). A idéia-força, neste caso, é aquela que enxerga a Constituição como ordenamento jurídico da vida (boa) e fundamento axiológico da comunidades política, ou seja: “A constituição como ordenamento jurídico da vida e como fundamento dos valores da comunidades política se delineia, em um primeiro momento, como a extensão do significado de constituição exposto no parágrafo IV. Se a constituição é fundamento e princípio constituinte de todos os poderes estatais, não seria demais considera-la como ordenamento jurídico fundamental não apenas do Estado, mas da comunidades inteiro – em cada qual de seus âmbitos, vital e material. A isto, antes de mais nada, na *Bundesrepublik*, é associada a concepção de que a constituição não é apenas forma jurídica ou documento jurídico, mas também, e em outro sentido, é fundamento de valores (*Wertgrundlage*) e ordenamento de valores (*Wertordnung*) da comunidade.” (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, costituzione, democrazia*. Giuffrè. Traduzida para o italiano por Michelle Nicoletti e Omar Brino. Tradução livre do italiano)

população normalmente desconsideradas, em busca de uma participação plena dos bônus econômico, dando base ao denominado Estado Social¹⁵⁹.

Nessa perspectiva, fala-se hoje em um constitucionalismo no qual as diretivas constitucionais se mostrem plenas de eficácia, orientando a constituição de uma sociedade solidária, fraterna, com mecanismos de garantia e proteção aos valores indispensáveis ao indivíduo, mas também, com a compreensão de que essa condição se dá no contexto do convívio em uma sociedade, de cuja coesão e solidariedade depende o desenvolvimento pleno de toda e qualquer pessoa.

Fraternidade e solidariedade, compõem na atualidade os valores éticos mais marcantes do constitucionalismo que vai despontando¹⁶⁰, numa preocupação constante em fazer do Texto Constitucional o fundamento em que se forrem decisões governamentais de modo obrigatório, já que, como afirmando em sede doutrinária : *“Um dado de grande importância quanto aos fundamentos da Constituição no novo constitucionalismo é que não se cuida apenas da legitimidade quanto ao estabelecimento das normas constitucionais, ou seja, a legitimidade do poder constituinte, que é de importância óbvia, mas pode ser apenas um ponto de partida, com pouca ou nenhuma força para influir sobre a interpretação e aplicação das normas constitucionais. Cuida-se também da garantia de relações sociais justas no caso concreto, tendo como pressuposto inafastável a supremacia da dignidade humana. Numa abrangência muito mais ampla, o novo constitucionalismo preocupa-se com a legitimação na origem, mas ligando esse aspecto às circunstâncias de elaboração da Constituição, que devem incluir a participação popular efetiva e não*

¹⁵⁹“O constitucionalismo social não renega os elementos positivos do liberalismo – a sua preocupação com os direitos individuais e com a limitação do poder – mas antes pugna por conciliá-los com a busca da justiça social e do bem-estar coletivo. Ele implica a adoção de perspectiva que enriquece o ideário constitucionalista, tornando-o mais inclusivo e sensível às condições concretas de vida do ser humano, no afã de levar as suas promessas de liberdade e dignidade também para os setores desprivilegiados da sociedade.” (SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Op. Cit.*, p.81)

¹⁶⁰“Em todas as fases sucessivas, o constitucionalismo apresentou um traço constante, desde o início, que é a limitação do governo pelo Direito, as denominadas limitações constitucionais. Essa é a nota mais antiga e, ao mesmo tempo, a mais recente do constitucionalismo. Opõe-se desde sua origem, ao governo arbitrário. Mas, o conteúdo dessa limitação é algo que vem desenvolvendo gradativa (mais significativa) caminhada, podendo-se, doravante, incluir algumas notas decorrentes do processo histórico atual. Para Dromi, o futuro do constitucionalismo *deve ser influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalização.* (...) Cumpre registrar ainda um constitucionalismo fraternal, referido pelo STF no julgamento da ADI 3510, *a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde.*” (TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.*, p.37-38)

apenas a representação formal ou a avaliação teórica e indireta dos interesses do povo. Além disso o novo constitucionalismo liga o problema da legitimação à interpretação das normas constitucionais, que deve ser dinâmica e levar em conta as circunstâncias da realidade social no tempo e no espaço, somando a tudo isso a preocupação com garantia efetiva dos direitos assegurados pela Constituição. (...) Em conclusão, para o novo Constitucionalismo a Constituição tem fundamentos éticos, jurídicos e sociais que se encontram em todas as sociedades e em todos os seres humanos. Evidentemente, em vista da extrema variedade de condições materiais e de características culturais, seria impossível e mesmo contraditória pretender a definição de uma Constituição-padrão, válida para todos os tempos e todos os lugares. O que se faz necessário é que em cada circunstância o constitucionalismo leve em conta as particularidades éticas, jurídicas e sociais do povo, sem perder de vista e sem afrontar tudo que é essencial à pessoa humana para a preservação de sua dignidade.¹⁶¹

Há, por outro lado, uma circunstância nova em termos de constitucionalismo, desde que se fixou a idéia de uma sociedade global, unificada por novíssimas tecnologias na área da comunicação, marcada, ainda, pelo apagamento de fronteiras estatais nítidas, decorrente da necessidade de que estados se unam em função do cumprimento de seus objetivos, dentre outros fenômenos do tipo.

Globalização e pós-modernidade formam uma ambiência nova, sobretudo na expansão da intercomunicabilidade cultural, na sobrevalorização do local, na fragilização dos universais, o que gera um mal-estar no constitucionalismo de uma maneira geral, mas, em compensação, o apêgo à internacionalização do Direito, notadamente no quanto tange à tutela dos direitos humanos.

Realmente, nesse novo universo, são variados e múltiplos os problemas enfrentadas pelo Estado Constitucional, havendo os decorrentes da tecnologia hiperdesenvolvida, gerando demandas de resguarda da pessoa humana, por ela vitimada de modo constante, há os conflitos internacionais acirrados, a supremacia do mercado sobre o Direito, e, enfim, questões graves a serem tratadas pelo constitucionalismo¹⁶² atual.

¹⁶¹DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 395-397.

¹⁶²MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p.29-30

Os Estados nacionais se unem forçosamente em blocos, uma vez que isoladamente não logram sucesso no desenvolvimento de suas tarefas, tornando-se, por isso, imprescindível uma organização normativo-constitucional distinta, como se infere no bloco Europeu, em que surge o tratado de Maastrich, dando fundamento a uma espécie de Constituição- Tratado, com vigência e eficácia sobreposta às Cartas estatais¹⁶³.

Nesse cenário, as circunstâncias levam a determinados fenômenos, não apenas como esse já mencionada no paragrafo anterior, ligado à internacionalização do direito constitucional ou à constitucionalização do direito internacional¹⁶⁴, mas também a outros, tais como ao desenvolvimento de teoria em torno de um *constitucionalismo universal*¹⁶⁵, ou global, cuja essência assim pode ser vista: “*Compõe, ao primeiro olhar, um conjunto de princípios compartilhados, verdadeiro patrimônio jurídico da humanidade, construído progressivamente a despeito da relatividade dos valores. Um plexo, diga-se de passagem, que desafiar a emergência de uma comunicação mais estreita com os direitos constitucionais nacionais, ou seja, com as ordens jurídicas presididas por verdadeiras constituições e não simplesmente por eventuais cartas constitucionais. Neste passo, a abertura do direito constitucional nacional para o constitucionalismo global significaria o reconhecimento e pertinência de uma Constituição material global, formada por um jus cogens internacional integrado por valores comuns, ainda que poucos.*”¹⁶⁶,”

¹⁶³ACKERMAN, Bruce. *A ascensão do constitucionalismo mundial*. In *A constitucionalização do direito*. Ed. Lumen Juris, p. 89.

¹⁶⁴PIVOESAN, Flavia. *Constituição Federal, relações internacionais e direitos humanos*. In *Constituição Federal*, Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. Ed. RT, p.167

¹⁶⁵“O constitucionalismo do futuro deve ser ainda integracionista, tanto no plano interno quanto no externo. No primeiro, a Constituição refletirá uma integração espiritual, moral e ética. Além disso, contemplará uma integração institucional, vale dizer, a possibilidade de que províncias pactuem objetivos e projetos de desenvolvimento comum, inclusive a integração em regiões e também a formação de uniões para o desempenho de funções com objetivos comuns. O *constitucionalismo por vir* deverá ainda prever a delegação de poderes por via de tratados, para que se formem órgãos supranacionais, que legislarão para os Estados que os embasam com a força coercitiva própria, sem precisar do auxílio do Estado atingido. E, finalmente, na Constituição universalista, haverá também uma proteção especial dada ao meio-ambiente, aos direitos humanos – no sentido de se confirmar a dignidade da vida – e também uma preocupação em efetivar a aplicação de penas a toda forma de discriminação que faça dos homens um modelo de desumanização.” (BASTOS, Celso. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. Ed. Saraiva, p.53-55)

¹⁶⁶CLÉVE, Clemerson Merlin. *Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração*. In *Constituição e democracia : Estaudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho*. Ed. Malheiros, p.43.

Essa internacionalização do constitucionalismo na atualidade, portanto, é voz corrente entre os constitucionalistas de uma maneira geral¹⁶⁷, todavia, sem força para que se abandonem os vínculos com a Constituição local, como uma forma legítima de resistência às decorrências do fenômeno¹⁶⁸.

E esse fenômeno, que se destaca pela busca de diretivas universais, numa espécie de transconstitucionalismo, prima pelo reconhecimento de uma pluralidade de fontes, sobretudo daquelas emanadas de tratados, convenções, trazendo ao centro os direitos fundamentais, elemento culturalmente agregador, e tendo por núcleo essencial o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁶⁹.

4.2.- *Constituição e Suas Funções*

Apontam-se costumeiramente dificuldades para a conceituação de constituição, resultante, aliás, de suas múltiplas dimensões, já que pode ela ser enfocada em perspectiva

¹⁶⁷cf. ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *La legge e la sua giustizia*. Ed. Il Mulino, p.392-393; no mesmo sentido, ainda, MIGUEL CARBONELL, para quem: “Para o futuro a teoria e mesmo o conceito de Constituição deverão ser reformulados, de forma que possam fazer frente a alguns reptos que lhe são lançados pelas novas realidades que se constata na maior parte dos países. Luigi Ferrajoli sugeriu três possíveis vias de transformação e evolução do Estado Constitucional. De acordo com Ferrajoli, em primeiro lugar, o Estado constitucional deverá ir abandonando sua clássica conotação territorial para tornar-se global, de forma que possa fazer frente aos desafios desterritorializados que se enfrente na realidade; nessa linha se constituiriam as teorias do constitucionalismo global e da democracia cosmopolita.” (*Elementos de Derecho constitucional*. Ed. Fontanamara, p.24. Tradução livre do espanhol).

¹⁶⁸SOUZA NETO, Claudio Pereirade e SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* p. 94. Nesse sentido: MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, FERRARI, Rosa Maria Macedo Nery. *Direito constitucional*. Ed. RT, p.52.

¹⁶⁹Kelsen, como se sabe, permitiu com sua teoria pura a hierarquização do sistema legal, tendo a Carta ao topo, o que, segundo vozes abalizadas, fomentou a idéia de controle de constitucionalidade. Além disso, ensinou opinião doutrinária interessante no quadro do quanto diz respeito a esse constitucionalismo global, a saber: “A teoria de Kelsen foi consagrada com o nome de *normativismo jurídico* e, apesar de restrições com relação ao caráter abstrato da Constituição, que ele aponta como norma fundamental hipotética, teve enorme influência entre os teóricos logo após sua divulgação. A concepção de Constituição como norma jurídica superior foi amplamente divulgada pelos constitucionalistas após a segunda guerra mundial, podendo-se dizer que contribuiu muito para que se transpusessem os sistemas jurídicos positivos dos Estados, dando-lhe eficácia jurídica os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Uma interessante inovação, construída a partir da teoria de Kelsen, foi a proposta, no final do século XX, pelo constitucionalista japonês Nobuyoshi Ashibe, professor da Universidade de Tóquio. Segundo sua proposta doutrinária, o fundamento do do poder constituinte é *uma norma fundamental universal*, que decorre do princípio jurídico do respeito do valor superior da pessoa humana. A norma fundamental é já a positivação do que Ashibe denomina *princípio constitucional superpositivo*, sendo por isto verdadeiro direito positivo e não norma abstrata.(...) Uma das consequências de sua teoria é que a norma fundamental universal é obrigação jurídica que se impõe ao próprio constituinte e, além disto, deverá ser levada em conta e poderá ser invocada em caso de dúvida ou restrição quanto a um preceito da Constituição legislada.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. Cit.*, p.304)

normativa, sociológica, política e ainda outras¹⁷⁰. Nesse sentido, aliás, é de se coligir pertinente anotação doutrinária a respeito, lavrada nos termos seguintes: “*O conceito de constituição é um dos mais difíceis e debatidos, uma vez que apresenta múltiplos aspectos, não apenas jurídicos, em cada ordenamento estatal. A título indicativo, recordamos que se desenvolveu uma noção deontológica de constituição (enquanto modelo ideal para a organização estatal), uma noção sociológica-fenomenológica (enquanto modo de ser do Estado), uma noção política (enquanto organização baseada em diversos princípios de conotação política) e, enfim, e em particular, uma noção jurídica. Esta última vem identificada no ordenamento do Estado, ou, de modo mais restritivo, na norma primária sobre a qual o ordenamento se funda.*”¹⁷¹”

De qualquer maneira, parece bastante aceitável crer que constituição seja vista como a ordem jurídica fundamental do Estado, visando a firmar os princípios fundamentais diretivos, com vistas à manutenção da unidade política¹⁷², que, em última análise diz respeito a um conjunto de normas e princípios, legislados formalmente ou não, que se encarregam da atribuição de poder aos órgãos estatais, às suas atribuições, à sua posição recíproca, ou seja, a lei da vida política do Estado¹⁷³.

Admite-se, enfim, em termos gerais, que constituição é instituição a ser entendida como: “*..um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma do Governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é um conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.*”¹⁷⁴”

¹⁷⁰FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op. Cit.*, p.26-35. Em igual sentido: SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p.38-40.

¹⁷¹VERGOTTINI, Giuseppe di. *Diritto costituzionale comparato*. Ed. Cedam. – Tradução livre do italiano.

¹⁷²HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Constitucional da República Federal da Alemanha*. Ed. Fabris, traduzido por Luiz Afonso Heck, p. 37.

¹⁷³SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Ed. Giuffrè. Traduzida para o italiano por P. Fiore e J. Luther.

¹⁷⁴SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 38. No mesmo sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Ed. Saraiva, p.10. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Ed. Malheiros, p.80. ENTERRIA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Ed. Thomson – Civitas, p. 54.

Uma vez resolvida a questão atinente ao conceito de Constituição, é relevante acentuar que embora se reconheça, de fato, dimensões variadas em que o fenômeno constitucional se manifesta, ou seja, o sociológico, o político, o jurídico, o culturalista etc.¹⁷⁵, o que se tem acatado como acepção majoritária é mesmo a normativa – jurídica –, enfatizando-se nesse particular sua imperatividade.

Alusões doutrinárias sobre a matéria trazem a lume opiniões incontestáveis nesse sentido, sobretudo para sublinhar que no período pós-guerra ascendeu esse caráter normativo dos Textos Constitucionais de uma maneira geral¹⁷⁶.

Naturalmente, não se deixa de reconhecer a relevância das demais dimensões política, social ou sociológica, já por serem acepções relevantes. A visão lúcida de Ferdinand Lassale sobre a realidade da Constituição e os entraves à sua efetividade em razão dos conhecidíssimos fatores reais de poder, com efeito, permanece atual em muitos de seus sentidos, tanto quanto ainda se revela tocante a visão pragmática de Carl Schmidt acerca da sua dimensão política, com a acepção de que ela se produz como fruto de uma decisão criadora da norma, independentemente do aspecto axiológico.

Igualmente, não se pode recusar o valor intrínseco que se deva atribuir à Carta enquanto *grundnorm* do sistema kelseniano, e em particular no quanto respeita à inspiração para um elemento atual e relevante para a denominada democracia constitucional, ou seja, o controle de constitucionalidade.

Dados tais fatores é que se aponta a plena concordância com a visão esposada, nesse aspecto, por autores que idealizam uma acepção da Constituição de um modo abrangente ou *estrutural*, acolhendo-se, assim, a seguinte, e oportuna, manifestação doutrinária:

¹⁷⁵PINTO FERREIRA, Luiz. *Direito constitucional moderno*. Ed. Saraiva, 1º volume, p.27-37; MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de direito constitucional*. Ed. Forense Universitária, p. 44-69; SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p.38-39; AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Ed. Gen-Forense, p.46-48; SOUZA NETO, CLAUDIO PEREIRA DE SOUZA E SARMENTO, DANIEL. *Op. Cit.*, p.185-190.

¹⁷⁶“Na Europa esta mudança começou a ocorrer depois da II Guerra Mundial, num cenário de descrença em relação aos poderes políticos majoritários, surgido após a derrota do nazismo. A realidade histórica tinha revelado a necessidade de criação de mecanismos para a contenção dos abusos do legislador e das maiorias políticas. As constituições do pós-guerra, nesse sentido, incorporaram direitos fundamentais, que passaram a ser considerados diretamente aplicáveis, independentemente da vontade do legislador. Ao lado disso elas também criaram ou fortaleceram a jurisdição constitucional, dotando assim de garantias processuais a supremacia da Constituição. Produziu-se neste quadro uma nova cultura jurídica, em que a Constituição finalmente passou a ser vista como norma.” (SOUZA NETO, Claudio Pereira de e SARMENTO, Daniel.*Op. Cit.*, p. 23).

“Busca-se, assim, formular uma concepção estrutural da Constituição, que a considera no seu aspecto normativo não como norma pura, mas como norma em sua conexão com sua realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico. Trata-se de um complexo e não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se enlaçam em um todo unitário. O sentido jurídico de constituição não se obterá se a apreciarmos desgarrada da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade. Pois bem, certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamentos do existir comunitário, formando os elementos constitucionais do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: a constituição.”¹⁷⁷

Logo, deve-se consentir no acerto daqueles que difundem a concepção designada *Constituição Total*, vista como síntese dialética desses fatores parciais, na qual se integram, organizando com justiça, segurança e igualdade, a convivência da sociedade política¹⁷⁸.

Oportuno, ainda, lembrar as *funções da Constituição*, tema recorrente em sede doutrinária e de onde se extrai que sua contribuição efetiva para a organização político-jurídica da sociedade se dá de maneiras diversificadas e de importância inegável.

Nesse ponto, por sinal, não há discussões quanto ao fato de caber a ela, como *estatuto jurídico do político*, estabelecer as diretrizes, os princípios, os valores ou, enfim, exercer a função de se prestar à condição de símbolo, garantia e instrumento da afirmação da identidade da ordem jurídica e política da sociedade em favor da qual se põe a serviço¹⁷⁹. Sobre isso, aliás, já se disse que ela reproduz o *consenso fundamental* da sociedade política, que se cristaliza e firma as feições políticas da sociedade por intermédio

¹⁷⁷SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p.39.

¹⁷⁸“A constituição total é uma unidade que transfigura os conteúdos parciais de natureza econômica, sociológica, jurídica e ideal numa verdadeira síntese dialética, numa espécie de unidade múltipla, cristalizada, como símbolo do Estado. (...) Mas existe uma só constituição total, que integra com realidade e como norma as variedades múltiplas da vida social, sendo antes tais conteúdos, como afirmou Anshuetz, dimensões parciais da constituição total.” (PINTO FERREIRA, Luiz. *Op. Cit.*, p.39)

¹⁷⁹“Nesse contexto é preciso ter em conta que na e por meio da sua constituição as sociedades politicamente organizadas alcançam determinada identidade, que as distingue entre si, identidade que, por sua vez, é assegurada enquanto a constituição estiver em vigor e na medida em que forem respeitados os limites materiais (explícitos e mesmo implícitos) para sua reforma.” (SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. Ed. RT, p. 75).

da eleição de um conjunto de valores e postulados – tais como o relativo ao respeito à dignidade humana, o republicanismo etc. - nela lançados¹⁸⁰.

Acresce, ainda, a função de organizar e institucionalizar o poder, criando órgãos indispensáveis ao seu exercício, revestindo-se também de singular relevo a definição de suas competências¹⁸¹, sobressaindo-se aí, igualmente, sua missão de estabelecer, claro, o controle do poder, seja por meio da divisão de poderes, instituição essencial à ordenação da vida democrática, ou ainda por intermédio da atribuição dos direitos fundamentais, que desde e o pós-guerra passou a ser ingrediente essencial de sua estrutura¹⁸².

De outra parte, dado seu valor inestimável, ou seja, a de ordenar o poder político pelo Direito, ou seja : *“A Constituição não apenas limita o poder, mas também cumpre uma função de ordem e ordenação, o que, dito de outro modo, significa que a constituição assume a condição (função) de ordem fundamental do Estado, pois a Constituição conforma, configura juridico-politicamente o Estado (complexo institucional) e o modo de sua atuação pelo direito que está plasmado na Constituição, além de operar como fundamento da validade e eficácia das demais normas que integram o sistema jurídico.”*¹⁸³,

Nessa mesma perspectiva, e como reflexo dessa ordenação jurídico-política por ela instituída, fale-se também na sua função de *autovinculação*, a ser entendida como sua natural garantia de subsistência do pacto compromissório por ela representada, via restrições a alterações de rumos em direção contrária aos seus postulados essenciais. Dessa maneira, certos valores permanecem com um status de intangibilidade pré-estabelecida, como forma de proteção contra virtuais maiorias ocasionais¹⁸⁴.

¹⁸⁰CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, p. 1438.

¹⁸¹HESSE, Konrad. *Constituição e direito constitucional – Temas fundamentais de direito constitucional*. Ed. Saraiva, p.5. Tradução: Carlos dos Santos Almeida.

¹⁸²SARLET, Ingo. *Op. Cit.*, p.72-73.

¹⁸³*Idem*.

¹⁸⁴“As constituições servem para estabelecer mecanismos constitucionais destinados a assegurar a subsistência do compromisso-consenso constitucional, evitando novos e permanentes conflitos. Numa imagem hoje célebre dir-se-ia que tal como Ulisses se atou aos mastros do navio para evitar o chamamento das sereias, também as pessoas se autovinculam a si próprias para evitar conflitos ou assegurar com maior operatividade as suas preferências. As sociedades e os indivíduos se autovinculam através de uma constituição a fim de resolver os problemas resultantes da racionalidade imperfeita e dos desvios de suas vontades. A existência e função de uma constituição justificar-se-iam segundo essa forma de discurso constitucional – o chamado *precommitment model* – através de um compromisso relativamente a certos

Claro que essa autovinculação referida, por óbvio, garante também o que se denomina *estabilidade e continuidade* da ordem constitucional, salutar atributo, o qual, nada obstante, não pode se converter em obstáculo à sua permanente atualização por força da atuação da sociedade, cuja soberania há de ser semelhantemente respeitada. Frente a essa exigência, própria do natural curso evolutivo da realidade política das sociedades, é que o Texto Constitucional há de ser sempre conformador de uma ordem aberta, salpicada de fórmulas normativas permeáveis à concretização com adequação à nova compreensão da realidade a que se destina.

Por essa razão é que tradicional e incensada opinião doutrinária assinala: “A constituição não é um sistema fechado e onicompreensivo; não contém codificação, apenas um conjunto de princípios concretos e elementos básicos do ordenamento jurídico da comunidade, para o que oferece uma norma marco. Nesse sentido, é um ordenamento aberto. Essa abertura é sempre limitada. Porém, na medida em que seja suficiente, concede – o que dá sobretudo um sentido e conteúdo essenciais ao ordenamento democrático – margem de atuação necessária a um processo político livre, tratando de garanti-lo. Por isso, a Constituição possibilita concepções e objetivos políticos diferentes, bem como sua persecução. Permite também levar em consideração mudanças técnicas, econômicas e sociais, adaptar-se à evolução histórica, assegurando-se, com isso, um requisito fundamental de sua própria existência e eficácia.”¹⁸⁵

De resto, pode-se falar ainda na função de atribuição e garantia de direitos fundamentais, individuais ou sociais, o que se tornou fator de cunho imprescindível no pós-guerra, assomando ainda essa pauta um outro encargo da constituição em geral, ou seja, o de se impor como conjunto de diretrizes dirigente da atividade estatal, assim como da própria sociedade.

Essa *função dirigente*, claro, tem uma necessária atualização, parecendo oportuno realçar, sobre ela, que : “As constituições, embora não todas e não da mesma forma, cumprem também uma função dirigente (ou impositiva), mediante o estabelecimento de

princípios (*prior agréments, point commitment to certain principles*).” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.*, p.1447).

¹⁸⁵HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p.9.

programas, fins e tarefas que (em alguma medida) vinculam os poderes constituídos. Por mais que se tenha, de certo modo, decretado o fim do constitucionalismo dirigente, pelo menos na acepção originalmente cunhada no constitucionalismo lusófono por Gomes Canotilho, é certo que muitas constituições contêm normas impositivas de fins, tarefas, programas (aquilo que outros chamam de normas do tipo programática ou norma-objetivo), normas que, a depender do caso e da tradição constitucional específica, são reconhecidas como tendo (pelo menos alguma) eficácia e aplicabilidade.¹⁸⁶”

Aliás, e a propósito do tema, o que se sabe é que se a denominada constituição dirigente feneceu, isso apenas ocorreu em termos de intensidade de sua impositividade, por assim dizer, já porque o fato de se revelar repositório relevante de valores e princípios compostos ao longo do processo evolutivo da sociedade, sua força normativa conduz, malgrado com maior ductilidade, à realizabilidade do programa consolidado por seu intermédio¹⁸⁷.

Claro, desse ponto de vista, que a força dos princípios deve reger a concretização do Texto Constitucional, influenciando decisivamente nesse plano, apenas se observando que : *”A coexistência de valores e princípios sobre os quais deve hoje basear-se a Constituição para não renunciar às suas funções de promover a unidade e integração e ao mesmo tempo não mostrar-se incompatível com sua base material pluralista, exige que cada um desses valores e princípios assumam um caráter não absoluto, compatíveis, portanto, com aqueles outros com os quais devem conviver. Somente tem caráter absoluto o metavalor que se expressa no duplo imperativo do pluralismo dos valores (em seu aspecto substancial) e a lealdade em seu enfrentamento (no referente ao prisma procedimental). Essas são, afinal, as supremas exigências constitucionais de toda sociedade pluralista que queira ser e se preservar como tal.¹⁸⁸”*

¹⁸⁶SARLET, Ingo. *Op. Cit.*, p. 76.

¹⁸⁷“E daí que, se me perguntarem se o meu dirigismo não está, hoje, afinal de contas, em alguma medida escondido nessas posições principais fortes, eu direi que os princípios são fortes e é a concretização dos princípios que pode ser mais dútil. Não há confusão possível entre um estado de direito e um estado de não-direito, uma democracia e uma ditadura, entre uma socialidade e uma não-socialidade, entre um estado ecológico e um estado não-ecológico, entre igualdade real e desigualdade, entre uma comunidade inclusiva e uma sociedade de exclusão dos outros. Os princípios podem ser mais abstratos e dúcteis, mas são sempre princípios fortes.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Canotilho e a constituição dirigente*. Ed. Renovar, p.24)

¹⁸⁸Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dútil*. Ed. Trotta, p.14-15. Tradução livre do espanhol.

4.3.- *Supremacia da Constituição e Estado Constitucional.*

Na condição de ordem de valores a sedimentar a organização política da sociedade, a Carta se põe como sua referência, assomando com naturalidade o significativo posto de fundamento ou referência capital da ordem jurídico-política por ela fundada¹⁸⁹.

Há quem entenda que essa visão sobre a supremacia constitucional deriva diretamente do direito constitucional norte-americano, especialmente em função do seu *judicial review*, que, a partir de *Madison versus Marbury*, implantou rigoroso sistema de controle de constitucionalidade das leis e demais atos deliberativos¹⁹⁰.

Mas, a visão *kelseniana* de sistema jurídico prestou também colaboração inegável à situação de primazia a que foi guindada a Constituição, já por ser dela a aptidão para, na condição de *grundnorm*, tomar caráter imperativo e enformador, substancialmente falando, dos demais atos provenientes dos poderes constituídos e outros organismos estatais, já por sua superior posição hierárquica no sistema¹⁹¹.

De se realçar, complementarmente, que a concepção de supremacia constitucional descende de dois fatores de acatada legitimidade doutrinária, sendo o primeiro de ordem

¹⁸⁹“A constituição é a ordem jurídica fundamental da Comunidade. A Constituição fixa os princípios reitores, com base nos quais se deve formar a unidade política e se devem assumir as tarefas do Estado. Contém os procedimentos para resolver os conflitos no interior da comunidade. Regula a organização e o procedimento de formação da unidade política e a atuação estatal.” (HESSE, Konrad. *Concepto y cualidad de la constitución – Escritos de derecho constitucional*. Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo – Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, p.34-35. Traduzido do alemão para o espanhol por Pedro Cruz Villazon e Miguel Azpitarte Sanchez – Tradução livre do espanhol)

¹⁹⁰cf. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Thomson-Civitas, p.57.

¹⁹¹“Quando se fala em hierarquia normativa, refere-se à subordinação, isto é, ao fato de existir em um ordenamento jurídico uma norma subordinante e uma norma por esta subordinada. A subordinante orienta todas as manifestações das normas inferiores, de tal forma que a subordinada é determinada em sua forma, conteúdo e efeitos pela norma de hierarquia superior da qual deriva. A norma suprema, mais importante de um sistema normativo estatal é a sua Constituição, sendo o fundamento de validade dessa mesma norma jurídica. Kelsen afirma que uma norma, para ser válida, é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal modo que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida de uma mesma norma fundamental, formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A Constituição, como lei fundamental de um ordenamento jurídico, é representada por um conjunto de normas que organizam o Estado, determinam as funções e competências dos órgãos que exercem o Poder Público, as formas e os limites desse exercício, bem como os direitos e garantias fundamentais de seus cidadãos, e, assim entendida, é o documento normativo supremo do Estado e da sociedade, proporcionando a interação necessária.” (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op. Cit.*, p.37-38)

objetiva ou material e o segundo de ordem subjetiva. Assim raciocinando, enfatiza-se que sob o prisma material o dado a ser sublinhado é o caráter das disposições constitucionais, voltadas ordinariamente a temas de transcendente essencialidade, tais como a organização do poder, a atribuição dos direitos fundamentais individuais e sociais, assim como das respectivas garantias, dentre outros. Já no quanto concerne à outra baliza referida, a subjetiva, o que se tem sempre presente é a origem do pacto político que lhe dá ensejo, extraído, vale dizer, da vontade popular emanada em instante particular da vida da nação respectiva e, por isso mesmo, credora de uma tutela em bases peculiares¹⁹².

Sendo inquestionavelmente válidos tais fundamentos, o fato é que operam de modo a fazer com que a supremacia constitucional se expresse efetivamente por meio de dois instrumentos próprios da técnica constitucional, ou seja, a *reserva de justiça*, tatuada na forma das denominadas *cláusulas pétreas*, assim como o *controle de constitucionalidade*, fatores confirmatórios de sua primazia e rigidez.

Sobre isso, aliás, já se anotou: “A *constituição, de forma concisa, é dotada de três prerrogativas: supremacia, supralegalidade e imutabilidade relativa. Dessas características, a supremacia ocupa função preponderante, fazendo com que as normas constitucionais se tornem imprescindíveis para o ordenamento jurídico. O interesse maior pela análise da supremacia reside no fato de ela ser a essência para o entendimento do papel ocupado pela Constituição – as outras características advêm dessa prerrogativa.*”¹⁹³,

¹⁹²“São dois os principais fundamentos invocados para a afirmação da supremacia da Constituição. Um deles é substantivo e se liga ao conteúdo da Constituição; o outro é genético, dizendo respeito à sua origem. O fundamento objetivo é complexo e comporta inúmeras variações e nuances. Em síntese, a idéia é a de que existem direitos e princípios tão essenciais que devem ser postos fora do alcance de maiorias. Por isso eles são *entrancheirados* pela Constituição, que os protege até do legislador democraticamente eleito. (...) A outra justificativa, não menos complexa, diz respeito à origem da Constituição. Em apertada síntese, afirma-se que pelo menos do ponto de vista ideal as constituições são o resultado de uma intensa mobilização cívica do povo, que ocorre apenas em momentos extraordinários da história nacional, e não se reproduzem na vida política cotidiana. Foi assim, por exemplo, na Assembleia Constituinte brasileira de 87/88, que teve um nível de participação popular inédito na história do país. Com isso as decisões contidas na Constituição são equiparadas aos desígnios do próprio povo.(...) A supremacia da Constituição, por esse ângulo, protegeria as deliberações do povo, expressas na Constituição, daquelas tomas por seus representantes no dia a dia da política.” (SOUZA NETO, Claudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p.21-22)

¹⁹³AGRA, Walber de Moura. *Op. Cit.*, p. 48.

Nesse particular, mesmo em se reconhecendo o *seu caráter aberto*¹⁹⁴, que lhe proporciona uma certa permeabilidade e maleabilidade de seus enunciados¹⁹⁵, e que, com certeza, restringe naturalmente – ao menos em termos de intensidade – sua rigidez, os programas nela contemplados e seus respectivos fins seguem sendo fundamento de validade dos atos dos demais poderes, levando-a também a cumprir seu papel estabilizador e de continuidade da vida constitucional.

Por oportuno, aliás, vale lembrar ponderações doutrinárias de notável lucidez em relação à matéria, quais sejam: *“Posto que a Constituição engloba as características da abertura e amplitude de uma parte com a presença de disposições vinculantes de outra, é claro que o ponto decisivo radica precisamente na polaridade desses elementos. Daí que a questão da rigidez ou mobilidade da Constituição não se coloque de maneira alternativa, mas sim como um problema de coordenação correta dos ditos elementos. Ambos são necessários para que a Constituição possa cumprir seus mistéres, os caracteres da amplitude e abertura porque só eles permitem responder à mudança histórica, assim como à diversidade das situações de vida, as disposições vinculantes porque sua virtude estabilizadora possibilita essa relativa constância, única capaz de preservar a vida da comunidade da sua dissolução por meio de uma contínua mudança, inabarcável e incontrolável. A coordenação de ambos os elementos é necessária a fim de que ambos possam cumprir sua missão. O persistente não pode converter-se em obstáculo ali onde o*

¹⁹⁴“De acordo com a filosofia do *espírito aberto* (Popper), a Constituição permite a abertura para a frente, para o futuro; institucionaliza experiências (abertura para trás) e abre espaços para o desenvolvimento do espírito humano e sua história. Em favor da dignidade da pessoa, obriga o grau máximo de tolerância – a que permite a plenitude da interpretação - , claro com certos limites de tolerância, que se fazem tanto mais indispensáveis quanto mais se converte a tolerância em parte do consenso constitucional básico, no qual dificilmente se pode formalizar como tal em termos jurídicos (constitucionais).” (HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Ed. Astrea, p.85-86. Tradução do alemão para o espanhol por Diego Valadés. Tradução livre do espanhol para o português)

¹⁹⁵“A Constituição estabelece regras para a atuação e decisão políticas, subministra pautas de orientação política, ainda que não constitua esta última. É função da Constituição escrita racionalizar e estabilizar, garantir e tornar possível, construir e limitar um processo político livre, além de assegurar a liberdade individual. Ponto de vista semelhante adota Starck quando fala da lei como predeterminação aberta, sustentando que a interpretação não consiste uma estrutura lógica da lei, tal como aparece no Boletim Oficial do Estado, porque a lei se refere sempre a um determinado âmbito da realidade.(...) Os conceitos jurídicos indeterminados, ou melhor, os conceitos jurídicos determináveis, suscetíveis de determinação mediante sua concretização pela lei e pelo juiz, podem servir para a integração político-social, sobretudo aqueles que versam sobre prestações sociais, econômicas e culturais (princípios reitores da política social, econômica e também cultural do Capítulo III do Título I da nossa Constituição). Essa integração será mais intensa e completa na medida em que se encaixe com o sentimento jurídico-comunitário que tem confiança e adere à Constituição.” (VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional*. Editora Forense. Tradução de Agassiz Almeida Filho, p.180-181)

*movimento e o progresso se impõem; do contrário, a modificação se realiza à margem da ordem jurídica. O modificável não deve eliminar a virtude estabilizadora das disposições vinculantes; do contrário resta violado o compromisso constitucional, como ordem fundamental da comunidade.*¹⁹⁶”

Noutro giro, mas nesses mesmos passos, vale averbar que mesmo a inexorável transconstitucionalidade, o ciclo iniciado de um constitucionalismo global ou em rede¹⁹⁷, à medida que evidencia um alargamento das fontes formais das diretivas constitucionais não infirma a soberania constitucional interna, já que nela se concentram os princípios essenciais e ordenadores do pacto político, ainda que compartilhada com aquela proveniente de núcleos ou fontes internacionais normativas¹⁹⁸.

Realmente, como já enfatizado em sede doutrinária por voz relevante e acatada: “A insistência no caráter autodescritivo e autorreferente dos textos constitucionais estaduais aponta para uma outra idéia de interconstitucionalidade: a da manutenção do valor e função das constituições estaduais. Estas constituições desceram do castelo para a rede, mas não perderam as funções identificadoras pelo facto de agora estarem ligadas umas com as outras. A rede formada por normas constitucionais nacionais e por normas européias constitucionais ou de valor constitucional (ex.: normas princípios constantes de

¹⁹⁶HESSE, Konrad. *Concepto y cualidad de la constitución – Escritos de derecho constitucional*. Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo – Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, p. 49-50. Traduzido do alemão para o espanhol por Pedro Cruz Villazon e Miguel Azpitarte Sanchez – Tradução livre do espanhol

¹⁹⁷“É um lugar comum a referência à deslocação do mundo dos Estados, na maioria das vezes Estado-Nação, para o mundo das constelações pós-nacionais. O *pós-nacional* e o *pós-estadual* surgem sistematicamente como a marca dos tempos globais. Nesse contexto não admira que o *Estado Constitucional* apareça hoje confrontado com o chamado direito constitucional internacional. Fala-se, com efeito, em direito constitucional integrado, de *estados nacionais supranacionais*, de *constitucionalismo pós-nacional*, de *estado nacional cooperativamente aberto*, de *estados constitucionais abertos*. Por sua vez as constituições dos estados *supranacionalizaram-se* ou *internacionalizaram-se*. Quer isto dizer que os Estados se integraram em comunidades políticas supranacionais ou em sistemas políticos internacionais globalmente considerados. Os problemas do Estado e da Constituição só lograrão reconhecimento jurídico ou político se integrados no *direito constitucional internacional*.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*. Ed. Almedina, p. 263).

¹⁹⁸“A soberania, compreendida como poder insuperável, existiu mesmo na Antiguidade. Contudo, ela foi teorizada no século XVI por Jean Bodin. Em outras palavras, há meio milénio que ela vem sendo tratada formalmente, como um atributo exclusivo do Estado-Nação. Embora se anuncie sua ruína teórica em tempos contemporâneos, ela ainda subsiste na ordem jurídica estatal e supraestatal. Mais do que princípio perfunctório nos ordenamentos ou relíquia de antiquário na história constitucional, sua defesa ainda hoje é invocada nos momentos críticos das relações internacionais, deslegitimando os mecanismos de resolução de conflitos pela força soberana dos Estados.” (FACHIN, Zulmar e SAMPAR, Rene. *Soberania e ordenamento jurídico: Um diálogo contemporâneo – Direito constitucional internacional dos direitos humanos*. Ed. Forum, p.209) Em igual sentido: “

tratados institutivos da União Européia) faz abrir as portas dos estados fechados (castelos) e relativizar princípios estruturantes da estabilidade (soberania interna e externa, independência, hierarquia de normas, competência das competências), mas não dissolve na própria rede as linhas de marca das formatações constitutivas dos estados membros. Dir-se-ia por outras palavras, que a rede de esquemas relacionais e transsubjetivos (transestaduais) não provoca desvios genéticos no ADN constitucional incorporado nas magnas cartas dos Estados.¹⁹⁹”

Firmada a concepção acerca da *soberania constitucional*, se afigura conveniente fixar sua relevância no denominado Estado Constitucional de Direito, cujas características próprias partem do peso inestimável das diretivas consolidadas no pacto político como fundamento de todas as atividades desenvolvidas em seu interior.

Com efeito, no seu território estas é que fundam e limitam toda produção normativa, por exemplo, seja porque as normas constitucionais não admitem possibilidade de derrogação, tanto quanto balizam, ao mesmo tempo, sob o aspecto procedimental e material a elaboração legislativa²⁰⁰.

Nessa conformidade, ele opera transformações relevantes no tocante ao modo de ser das atividades de seus órgãos quando comparado ao Estado Legal que o precedeu, ocorrendo, inicialmente, alteração relativa à função legislativa, já porque as leis terão de se produzir por meio de procedimentos preestabelecidos, e com conteúdo adequado às diretrizes da Carta; para além disto, modifica-se a própria estrutura do direito nele cultivado, que será assim reconhecido unicamente quando normas, decisões ou atos estiverem consonantes com as disposições constitucionais, o que, em linha de consequência, opera igualmente uma transformação no plano do exercício da própria atividade jurisdicional, obrigada à concretização dos preceitos da norma fundamental ao interpretar e aplicar a legislação, devendo recusar, por óbvio, a incidência das diretrizes legais dela dissonantes. Tudo, isso, claro, sem embargo da implantação do denominado

¹⁹⁹CANOTILHO, J.J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade. Ed. Almedina, p.269.

²⁰⁰CARBONELL, Miguel. *Elementos de derecho constitucional*. Ed. Fontanamara, p.175-176.

constitucionalismo rígido, com reserva de justiça a ser observada na evolução da sociedade e das próprias instituições²⁰¹.

Naturalmente, esse potencial transformador da realidade jurídica com a repercussão forte no campo do alargamento, inclusive, da democracia, traçam um perfil obrigatório para esse Estado Constitucional, que assim somente poderá ser denominado caso apresente um rol de elementos característicos indispensáveis²⁰².

Por essa razão, aliás, há de se ter presente o valor jusfilosófico da idéia de Estado Constitucional, conquista da cultura político-jurídica ocidental, e que assim visto, induziu constitucionalista de prestígio insuperável a assim descrevê-lo: “*O Estado Constitucional de cunho comum europeu e atlântico se caracteriza pela dignidade humana como premissa antropológico-cultural, pela soberania popular e a divisão de poderes, pelos direitos fundamentais e a tolerância, pela pluralidade de partidos e independência dos tribunais; há boas razões para caracterizá-lo elogiosamente como democracia pluralista ou como sociedade aberta. Sua Constituição, entendida como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, possui uma validade formal de natureza superior. A Constituição é criadora do momento da estabilidade e a permanência.*”²⁰³

O Estado Constitucional, nessa ordem de idéias, é, com efeito, é o fenômeno político dos mais relevantes no século XX²⁰⁴, cenário em que a realidade social e política se complexificaram e a própria idéia de lei se pulverizou, perdendo sua presunção de legitimidade²⁰⁵, o que tornou imperativo esse modelo de organização política, centrado,

²⁰¹FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del estado de derecho – Neoconstitucionalismo (s)*. Ed. Trotta, traduzido por Miguel Carbonell.

²⁰²“Do que se disse antes se deduz que não será Estado constitucional o Estado que: (1) Não tenha na cumieira de seu ordenamento jurídico uma norma jurídica encarregada de regular as demais normas do sistema, assim como de estabelecer os procedimentos através dos quais se pode criar novas normas jurídicas ou modificar as existentes; (2) Não estabeleça uma divisão de poderes que gere um equilíbrio entre eles: um sistema de *check and balances* que impeçam seus titulares de abusarem do poder que lhes tenha sido conferido; (3) Não garanta a todos os cidadãos uma série de direitos fundamentais por meio dos quais se proteja a liberdade, a igualdade: direitos civis por um lado, e direitos sociais, culturais e econômicos por outro.” (CARBONELL, Miguel. *Elementos de derecho constitucional*. Ed. Fontanamara, p.177)

²⁰³HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Ed. Astrea, traduzido por Diego Valadés.

²⁰⁴FIORAVANTI, Maurizio. *Estado y constitución – El estado moderno en Europa*. Ed. Trotta, p.38.

²⁰⁵“À confusão na relação autoridade pública-liberdade privada se junta a deterioração das características de abstração e generalidade da lei como norma jurídica. A época atual vem marcada pela pulverização do direito legislativo, ocasionada pela multiplicação de leis de caráter setorial e temporal, vale dizer, de *reduzida*

sobretudo, no governo da Constituição, dos valores nela ordenados e cristalizados desde o pacto político fundamental²⁰⁶.

*generalidade e de baixo grau de abstração, até o extremo das leis-medida ou meramente retroativas, nas quais não existe um sentido verdadeiramente regulatório: em lugar de normas medidas. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Stato di diritto e stato costituzionale – Il diritto mite*. Ed. Einaudi, p.43-44.*

²⁰⁶Fioravanti, Maurizio. *Op. Cit.*, p.38-39.

CAPÍTULO II - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS CLÁSSICOS E SOCIAIS

1.- Origem dos Direitos Fundamentais. 1.1.- Conceito e Dupla Fundamentalidade dos Direitos Fundamentais. 1.2.- Funções e Dimensões Subjetiva e Objetiva dos Direitos Fundamentais. 1.3.- As Gerações, a Titularidade e os Destinatários dos Direitos Fundamentais. 2.- Direitos Sociais. 2.1 Fundamentalidade e Estrutura dos Direitos Sociais. 2.2 Destinatários e Titulares dos Direitos Sociais. 2.3 Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais.

1.- Origem e Conceito de Direitos Fundamentais

O núcleo ideológico da idéia de direitos fundamentais reside no conceito de *dignidade da pessoa humana*, que, por sua vez, reflete aceção segundo a qual entre todos os valores constituídos pela história das civilizações, o soberano entre eles é o ser humano, que, em si, se revela como o fim último de tudo quanto se constrói nos mais diversos cenários ao seu redor²⁰⁷.

À base de tudo, como idéia-força enraizada nos sistemas de pensamento que o prestigiam, reside uma convicção positiva, não apenas quanto à identidade entre as pessoas, mas, sobretudo, no tocante a algo um pouco mais além, ou seja, a igualdade com que devem ser vistas, já por estarem constituídas de uma mesma substância.

Na dinâmica própria a essa convicção, portanto, pessoas são indistinguíveis no tocante as fatores estruturais que as caracterizam como tais, os quais consolidam um conjunto de necessidades cujo atendimento se marca pela imprescindibilidade indiscutível,

²⁰⁷“Nesse contexto, verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir desse dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais da pessoa humana. Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são possíveis conforme já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Ed. Livraria do Advogado)

sob pena de uma artificial desigualação, contraditória sob o ponto de vista lógico e filosófico com aquele ponto de partida.

Respeitada tal concepção, a simetria de tratamento se impõe, seja por instâncias de um sentimento fundado na dogmática de certa visão teológica, ou na perspectiva de determinados princípios puramente filosóficos, ou ainda sob o influxo de certos postulados jurídico-políticos.

Segue daí que a edificação de um complexo de direitos fundamentais, tarefa desempenhada pelo labor cotidiano em prol da prestação de garantias sólidas ao valor supremo materializado na pessoa humana – *dignidade* –, resultou de esforços combinados de diversas áreas da experiência cultural, aspecto a pôr sempre em confronto as tentativas de sua visualização histórica na busca de suas exatas origens.

Por isso, afinal, vêem-se habituais indicações de fontes religiosas como aquelas de onde teriam emanado inspirações fortes para a concepção de um quadro de direitos fundamentais, sobretudo como desdobramento das acepções igualitárias e fraternalistas decorrentes da pregação cristã²⁰⁸.

Nessa medida, teria concorrido para o fomento da crença no valor maior da pessoa humana - alicerce sobre o qual se erigiu um quadro de outros valores para sua tutela - o monoteísmo, sobretudo se encarado sob o prisma do fator identitário que o liga à humanidade, sua criação, que dele herda o gene que a conforma à *sua imagem e semelhança*.

Tal como já se afirmou alhures, em sede doutrinária, “...na tradição bíblica, *Deus é o modelo de pessoa para todos os homens. Sem dúvida, o cristianismo, proclamando o dogma da Santíssima Trindade (três pessoas com uma só substância), quebrou a unidade*

²⁰⁸“Este livro procura mostrar como se foram criando e estendendo, progressivamente, a todos os povos da Terra, as instituições jurídicas de defesa da dignidade da pessoa humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria. Tudo gira, assim, em torno do homem e de sua eminente posição no mundo. Mas em que consiste, afinal, a dignidade humana? A resposta a essa indagação fundamental foi dada, sucessivamente, no campo da religião, da filosofia e da ciência. A justificativa religiosa da preeminência do ser humano no mundo surgiu com a afirmação da fé monoteísta. A grande contribuição do povo da Bíblia à humanidade, uma das maiores, aliás, de toda história, foi a idéia da criação do mundo por um Deus único e transcendente.” (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. Ed. Saraiva)

*absoluta e transcendental da pessoa divina. Mas, em compensação, Jesus de Nazaré concretizou na história o modelo ético de pessoa, e tornou aos homens mais acessível sua imitação*²⁰⁹. ”

Sendo os homens, todos, igualados em sua essência comum, revestem-se de uma condição a ser assim também representada nos território adjacente da ordem política, onde, por mecanismos jurídicos – *direitos* – adequados devem merecer garantias formais e aptas a modelar com melhor justeza a convivência social.

Dessarte, a carga emotiva, derivada quicá, dessa visão construída sobre puro sentimento religioso, é para alguns inerente aos direitos fundamentais, dotando-os também de uma transcendência compatível com essa formulação.

Inexiste, todavia, acordo doutrinário a respeito dessa gênese.

Circulam, claro, posições contestatórias a essa visão, seja porque o cristianismo em si se desenvolveu em fases diversas, com entendimento distintos também sobre seus preceitos, seja porque, segundo crêem alguns, suas diretrizes não se prestavam à mobilização contra a desigualdade, mas, antes, induziam ao conformismo letárgico proporcionada pela fé²¹⁰.

Na mesma proporção e intensidade, milita opinião diversa, segundo a qual o curso da história seria revelador ao apontar que desde eras mais remotas livre-pensadores já se punham vislumbrar no homem a substância axial, pela peculiaridade natural de sua

²⁰⁹*idem*.

²¹⁰“As condições subjetivas ou ideais, ou lógicas consistiram precisamente nas fontes de inspiração filosófica anotadas pela doutrina francesa: (1) o pensamento cristão, como fonte remota, porque, na verdade, a interpretação do cristianismo que vigorava no século XVIII era favorável ao status quo vigente, uma vez que o clero, especialmente o alto clero, apoiava a monarquia absoluta, e até oferecia a ideologia que a sustentava com a tese da origem divina do poder; o pensamento cristão vigente, portanto, não favorecia o surgimento de uma declaração de direitos do homem; o cristianismo primitivo, sim, continha uma mensagem de libertação do homem, na sua afirmação da dignidade eminente da pessoa humana, porque o homem é uma criatura formada à imagem de Deus, e esta dignidade pertence a todos os homens sem distinção, o que indica uma igualdade fundamental de natureza entre eles; há no entanto quem diga que o cristianismo não supôs uma mensagem de liberdade, mas, especialmente, uma mensagem conformista do fato da escravidão humana;” (SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*)

condição, o que, independentemente de quaisquer outros fatores – e particularmente os religiosos –, justificaria o desenvolvimento de sistemas sociais voltados à sua proteção.

É que sua natural sociabilidade desde sempre o expôs sistematicamente a relações de poder, nas quais desaparecem artificialmente os traços dessa identidade e igualdade de substância, prevalecendo o abuso de alguns sobre a fragilidade de muitos.

Nessas condições, desde tempos imemoriais vem florescendo no pensamento filosófico uma acepção de igualdade, próxima daquela que surgirá depois da secularização, pois, “...a antiguidade clássica não se quedou à completa cegueira sobre os direitos fundamentais. O pensamento sofisticado, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproxima-se da tese da igualdade natural e da idéia de humanidade. ‘Por natureza são todos iguais, quer sejam bárbaros ou helenos’, defenderá o sofista Antifon; ‘Deus criou todos os homens livres, a nenhuma fez escravos’, proclamou Alcidas. No pensamento estóico, assume o princípio da igualdade um lugar proeminente: a igualdade radica no fato de todos os homens se encontrarem sob um *nomos* unitário, que os converte em cidadãos do grande Estado universal.”²¹¹

A urgência de um tratamento igualitário e democrático, sentida na luta travada contra as diversas formas de tirania, foi fazendo emergir, a partir da modernidade renascentista, conceitos e valores apoiados na razão, que laboraram no sentido de se esculpir na consciência social a tutela das liberdades e da igualdade por meio de direitos talhados para essa específica finalidade²¹².

A prevalecer essa acepção, pois, a origem dos direitos fundamentais não necessariamente ficaria preponderantemente vinculada a motivações decorrentes de um sentimento religioso, mas, sim, produto do iluminismo, período em que a usinagem de

²¹¹CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.*

²¹²“Impulsionada principalmente pelo humanismo e pela Reforma, uma nova mentalidade cristalizará em uma nova cultura, com perspectivas que emprestavam apoio ao nascimento do conceito de direitos fundamentais. O humanismo e a Reforma foram dois movimentos que se influenciaram reciprocamente; o primeiro estará presente em amplos setores da Reforma, e esta marcará também o humanismo e seus herdeiros nos séculos XVII e XVIII. Os humanistas e a Reforma representam o moderno frente ao que se tornou o antimoderno, em grande parte até o século XX, a Igreja Católica e o pensamento reacionário, negadores dos direitos fundamentais.” (MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Lecciones de Derechos fundamentales*. Ed. Dykinson – Tradução livre do espanhol)

novos padrões de pensamento teriam alteado a *dignidade humana* a um patamar elevado, para cuja proteção se instituíram direitos compatíveis com essa necessidade.

Consolidada a idéia de direitos fundamentais, é notória, nada obstante, e ainda hoje, a diversidade de denominações que lhe são atribuídas, pois em certo momento são tratados como direitos do homem, em outro como direitos humanos, ou ainda, direitos morais, sem embargo de outros rótulos, tais como liberdades públicas, direitos morais etc.

Sob essa ótica, registra-se que essa imprecisão, à vista da pluralidade de alternativas, não deixa de ser captada em sede doutrinária.

Nesse terreno, a propósito, verifica-se pelo menos um foco de consenso, ou seja, a distinção adequada entre direitos humanos e direitos fundamentais, estando os primeiros relacionados àqueles positivados em normativas internacionais, enquanto estes últimos seriam os assentados em diretivas internas, notadamente na órbita constitucional²¹³.

De resto, há uma opção geral pela denominação direitos fundamentais em sede doutrinária, por se cuidar de expressão mais límpida, de sentido menos equívoco que *direitos do homem ou direitos subjetivos públicos*, já que “...o termo direitos fundamentais afigura-se como o único apto a exprimir a realidade jurídica precitada, pois que, cogitando-se de direitos, alude-se a posições subjetivas de indivíduos, reconhecidas em determinado sistema jurídico e, desta feita, passíveis de reivindicação judicial. O adjetivo fundamentais traduz, por outro ponto, a inerência desses direitos à condição humana, exteriorizando, por conseguinte, o acúmulo evolutivo dos níveis de alforria do ser humano. Não é ocioso registrar, à guise de arremate, que o termo também se mostra conveniente por razões de ordem prática: foi adotado pelo nosso direito constitucional positivo.”²¹⁴

²¹³DIEZ-PICASSO, Luiz Maria. *Sistema de Derechos fundamentales*. Ed. Thomson-Civitas. No mesmo sentido: LUÑO, Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de Derecho e constitución*., Ed. Tecnos. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. Ed. Saraiva. SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Ed. Del Rey.

²¹⁴ARAÚJO, Luiz Alberto Davie NUNES, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. Ed. Saraiva. Em igual sentido: SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. Ed. RT. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Ed. Del Rey.

De outra maneira dizendo, as demais alternativas são usualmente recusadas pela doutrina, como no caso da expressão direitos subjetivos públicos, constituídos nessa formulação por Jellineck a partir de sua teoria sobre os status, por parecer mais afinado com o modelo tradicional de Estado Liberal, tornando-se, com isto, inservível para o Estado Social e Democrático de Direito.

A expressão liberdades públicas, do direito francês, também é costumeiramente rechaçada, em razão de suas características essencialmente positivistas, e, ainda, porque autorizam quando muito seus titulares a agirem, mas não a exigirem concretamente sua garantia²¹⁵.

Sequer a idéia de direitos morais, utilizada, por exemplo, por Dworkin, é admitida, dada sua excessiva ambiguidade, e mais porque se trata de direitos oponíveis unicamente ao poder, afigurando-se imprópria, portanto. Nesse sentido, as dificuldades de sua admissibilidade se colocam em razão de que *“ter direitos morais é conceber direitos possuídos por ou pertencentes a indivíduos e essas expressões refletem aquela concepção de regras morais, com apoio na qual, estas não se limitam a prescrever condutas, constituindo, ademais, um tipo de propriedade moral dos indivíduos...”*²¹⁶

Essa denominação, enfim, também reedita a velha confusão entre direito e moral e, fator que também contribui decisivamente para sua recusa.

1.1.- Conceito e a Dupla Fundamentalidade dos Direitos Fundamentais

Naturalmente, a conceituação de direitos fundamentais, como reiteradamente posto em sede doutrinária, apresenta uma natural dificuldade, uma vez certa a vinculação direta entre a descrição do instituto e a acepção filosófica acerca de seu embasamento, também inegavelmente variável²¹⁷.

²¹⁵TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. Ed. Saraiva.

²¹⁶MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos fundamentales – Teoria geral*. E. Universidade Carlos III. De Madrid.

²¹⁷217“Basta um superficial exame das diversas concepções doutrinárias elaboradas sobre direitos humanos para se comprovar a profunda e radical equivocidade desse termo. Para alguns os direitos humanos supõem constante histórica cujas raízes remontam as instituições e pensamentos do mundo clássico. Outros, pelo contrário, sustentam que a idéia de direitos humanos nasce com a afirmação cristã da dignidade moral

Talvez por isso se disseminem muitas vezes conceitos atravessados por uma retórica proporcional à essencialidade das posições jurídicas por eles ensejada, expressando, assim, a altaneria do valor de que são impregnados²¹⁸.

Consideradas essas observações é que, com efeito, vislumbram-se reflexos dessa visão quando se colhe, como fruto do pronunciado humanismo de **Goffredo da Silva Telles**, a idéia de que direitos humanos seriam *permissões jurídicas para a fruição de bens soberanos*²¹⁹.

Inexistem dúvidas, nada obstante, quanto a um aspecto de relevância nesse ponto, qual seja, a se estar lidando com instituto jurídico que, malgrado sua internacionalização, até por exprimir valores jurídicos transcendentais e relativos à dignidade da pessoa humana, têm uma positivação peculiar no interior de cada ordem jurídica, posta sua subordinação a fatores culturais de cada povo.

Essa constatação, aliás, é habitualmente feita em sede doutrinária, como chamada de atenção à ligação intrínseca entre direitos fundamentais e cultura local, já que “...*esse avançou universal dos direitos fundamentais de modo nenhuma exclui sejam as diferenças materiais, sejam as diferenças em sua concepção ou em suas garantias. Assim, um mesmo direito fundamental podia significar algo absolutamente diferente numa Constituição socialista e no texto constitucional de uma democracia ocidental; e, enquanto os direitos fundamentais ainda hoje, na Europa ocidental e na América do Norte, são interpretadas basicamente segundo seu significado originários (clássico) como liberdades individuais e direitos políticos, surgem com peso desigual outras dimensões : direitos sociais, de participação, de prestações para satisfação de necessidades materiais básicas da população; especialmente em Estados do Terceiro Mundo, direitos de grupos e de Estados, como o direito ao desenvolvimento, à paz e à proteção do meio-ambiente ou o direito de participar do patrimônio comum da Humanidade; os direitos humanos se vêem,*

do homem enquanto pessoa.(...) A significação heterogênea da expressão direitos humanos na teoria e na prática tem contribuído para fazer deste conceito um paradigma de equivocidade. A isto se junta a falta de precisão da maior parte das definições que se propõem sobre direitos humanos, o que torna muito difícil determinar seu alcance.” (LUÑO, Antonio Henrique Pérez. *Op. Cit.* Tradução livre do espanhol).

²¹⁸SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. Cit.*

²¹⁹Os chamados direitos humanos. In *Estudos*. Ed. Juarez de Oliveira.

*assim, coletivizados. As formas de garantir direitos fundamentais podem ser diferentes, embora exista conformidade em seu conteúdo e interpretação, como ocorre no âmbito reduzido das democracias ocidentais. Nelas as soluções oscilam desde regular uma enumeração minuciosa de direitos fundamentais na Constituição (como sucede na Alemanha), ou remeter-se a uma declaração histórica de Direitos Humanos (como na França), até reconhecer vigência aos direitos fundamentais como garantia não escrita (assim ocorre essencialmente na Grã-Bretanha). (...) Toda essa diversidade evidencia que a validade universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade. A razão é bem conhecida: o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado depende de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente da idiosincrasia, da cultura e da história dos povos.*²²⁰”

Essa diversidade de entendimentos, dentro de cada perspectiva local, pois, gera uma correspondente variedade de conceituações, até como imposição das respectivas diretrizes positivadas, o que leva, por exemplo, autores a fazerem referência ao conceito de direitos fundamentais como sendo aqueles que compreendem um conjunto de liberdades e direitos positivados em uma dada ordem jurídica²²¹.

A fundamentalidade desses direitos, entretanto, sugerem mais adequada a densidade própria do entendimento segundo o qual os direitos fundamentais devem ser entendidos como aquele conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam a necessidade da dignidade, liberdade e igualdade humanas, reconhecidas positivamente pelos ordenamentos nacionais e internacionais²²², concepção que, afinal, se adota para fins deste trabalho.

Essa acepção em que são tomados os direitos fundamentais, próxima, por sinal, de outras com igual conteúdo e relevância²²³, induz à natural admissibilidade - em decorrência

²²⁰HESSE, Konrad. *O significado dos direitos fundamentais. In Temas fundamentais de direito constitucional*. Ed. Saraiva, tradução Carlos dos Santos Almeida.

²²¹LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los Derechos fundamentales*. Ed. Tecnos. Em igual sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ed. RT.

²²²LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los Derechos fundamentales*. Ed. Tecnos.

²²³ “São direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de status de pessoas ou cidadãos...” (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales. Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Ed. Trotta.)

desse modo de os ver - do entendimento no sentido de que têm um caráter universal, além de quê são parâmetro para a igualdade jurídica e, assim, conformam a dimensão substancial da democracia, sem embargo, ainda, de serem dotados de naturais garantias de efetividade, mesmo não previstas nos instrumentos normativos de onde dimanam²²⁴.

Estabelecido, dessa maneira, um conceito apropriado para os direitos fundamentais, parece natural que se registre, para além disso, outras implicações a serem admitidas como aspectos desencadeados em função de sua natureza particular.

Fala-se, dessarte, daquilo que emerge em razão de sua *fundamentalidade*, atributo que os particularizam.

Nesse tópico há de se realçar sua *dupla fundamentalidade*, à medida que essa essencialidade se manifesta em relação a eles tanto sob o prisma formal como sob o prisma material, acarretando resultados juridicamente apreciáveis.

Sobre isto, vale dizer, são notáveis os reflexos sob o viés formal, por passarem a constituir, sobretudo no Estado Democrático de Direito²²⁵, o ápice do sistema normativo, à luz dos quais devem se ajustar todas as deliberações dos poderes constituídos, sendo paradigmas normativos de aplicação vinculativa para todos eles²²⁶.

Em outro giro, no quanto diz respeito ao ângulo objetivo ou material, tem-se reiteradamente posto que são direitos coligados a um sistema de valores, cujo conteúdo reflete uma decisão fundamental e estrutural do Estado de Direito, ou seja: “...essa vertente objetiva dos direitos fundamentais, que complementa sua tradicional natureza

²²⁴*idem*.

²²⁵SEGADO, Francisco Fernandez. *La dogmática de los derechos humanos*. Ediciones Juridicas.

²²⁶“A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo, no sentido de um regime jurídico definido a partir da própria constituição, seja de forma expressa, seja de forma implícita, e composto, em especial, pelos seguintes elementos: (a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo ordenamento jurídico, gozando da supremacia hierárquica das normas constitucionais; (b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusula pétrea) da reforma constitucional (art. 60 da CF), muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo constituinte, aspecto desenvolvido no capítulo sobre o poder de reforma constitucional; (c) além disto as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas...” (SARLET Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ed. RT) Em igual sentido: BÖCKENFÖRDE, Wolfgang Ernst. *Diritti fondemanetali come norme di principio. Stato, costituzione, democrazia*. Giuffrè.

*subjetivas, e que os erige à condição de componentes estruturais e básicos do ordenamento jurídico, ao qual outorgam seus conteúdos básicos, se explica em razão de que se mostram como expressão jurídica de um sistema de valores que, por decisão do constituinte, informa o conjunto da organização jurídica e política. Por isso mesmo os juízes constitucionais têm entendido que os direitos fundamentais constituem a essência mesma do regime constitucional, com o qual está em sintonia, e nada que os afete pode ser considerado trivial ou pouco importante.*²²⁷”

1.2.- Funções e Dimensões Subjetiva e Objetiva dos Direitos Fundamentais.

Constituindo-se o elemento seminal e estrutural do Estado Democrático de Direito, a *dignidade humana*, forrada em inerente normatividade, o impele à sistematização dos direitos fundamentais, e, por via de consequência, requer atividade estatal tutelar eficiente, dada sua condição de sobrevalor.

O reconhecimento desse ponto de vista, aliás, é rotineiro modo de compreendê-la, sobretudo no pensamento científico-constitucional, já porque, conforme se sabe, deve-se ter presente que “*..a dignidade humana é um conceito-chave constitucional na relação do indivíduo com o Estado, pertencente ao alicerçamento do Estado, e que estender efeitos jurídicos sobre a organização estatal e a satisfação de tarefas estatais, assim como sobre as garantias de liberdade. A dignidade humana, no Direito Constitucional alemão, já por sua inalterabilidade (art. 79, 3, da Lei Fundamental), e devido aos demais direitos fundamentais válidos, é apenas uma garantia mínima. Ela deve proteger o homem da circunstância de este ser tratado pelo Estado ou por seus concidadãos como mero objeto que se encontra sob absoluta disposição de outro homem, como número de uma coletividade, como peça na engrenagem, subtraindo-se-lhe, com isso, sua própria existência espiritual e moral, ou mesmo física.*”²²⁸”

²²⁷SEGADO, Francisco Fernandez. *La dogmática de los derechos humanos*. Ediciones Juridicas. Tradução livre do espanhol.

²²⁸STARCK, Christian. *Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. Dimensões da dignidade*. Ed. Livraria do Advogado.

Considerado isso, e lembrando o fato de que os direitos fundamentais se enlaçam à dignidade como garantias institucionais²²⁹ de sua imprescindível preservação, parece obrigatório concluir que imantam o sistema jurídico, operando efeitos inevitáveis sob diversos aspectos.

É nesse sentido que se afirma que têm a propriedade de gerar proteção dos indivíduos ante qualquer abuso dos poderes constituídos, impondo-lhes, de outra parte, deveres de prestação correlatos ao acesso à saúde, educação, segurança etc., além, ainda de lhes impor o dever de garantir a não discriminação, fomentando meios suficientes para o resguarda do direito à igualdade substancial²³⁰.

Sob o ponto de vista político, são a substância essencial do Estado de Direito Democrático, fundamento de suas atividades e elemento indissociável na formulação e implementação de suas políticas em qualquer das áreas de competência.

Nessa medida, realmente, é que se cogita, como dito acima, de que o Estado fica premido por deveres decorrentes da denominada *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais, frente aos quais deve se refrear, não incursionando sobre a esfera pessoal de qualquer cidadão senão quando absoluta e justificadamente se tornar imprescindível à preservação de direitos de expressão social²³¹.

²²⁹“Os direitos fundamentais da Lei Fundamental têm um duplo conteúdo jurídico=constitucional. Por um lado, apresentam uma dimensão jurídico-individual; garantem a seus titulares um direito público subjetivo; são direitos da pessoa. Os titulares dos direitos fundamentais são, segundo a natureza do correspondente direito fundamental, bem do indivíduo particular, ou, ademais disto, bens de grupos, coalizões, associações e sindicatos. Por outro lado, estão caracterizados por uma dimensão institucional. Implicam a garantia jurídico-constitucional de âmbitos vitais regulados e conformados segundo ajustes fundados exclusivamente no critério liberdade, que, devido à sua significação jurídico-institucional, não se deixam enclausurar num esquema liberdade individual – limites da liberdade individual, não se deixando reduzir a uma relação unidimensional indivíduo-Estado, nem tampouco se deixam fundamentar unicamente no indivíduo.” (HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los Derechos fundamentales*. Ed. Dykinson Constitucional, pg. 73., trad. Joaquim Brage Camazzano – tradução livre do espanhol)

²³⁰CANOTILHO, JJ. Gomes. *Op. Cit.*

²³¹“Na relação jurídica de direito público estabelecida entre o indivíduo e o Estado em função das normas que reconhecem direitos fundamentais, o indivíduo pode exercer uma liberdade negativa (liberdade de alguma coisa, liberdade de certos imperativos definidos pelo poder público). De forma simétrica, o Estado possui a obrigação negativa de não fazer alguma coisa, não intervindo na esfera individual, salvo se houver legitimação ou justificação constitucional para tanto.” (DIMOULOS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Ed. RT)

Logo, no quanto se refere a essa dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, deve-se admitir a imposição de uma obrigação negativa para o Estado, e como sua decorrência direta, daí porque, expressando essa arquitetura própria dos direitos fundamentais se costuma salientar que “...os direitos fundamentais são direitos de defesa (*abwehrrechte*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra intervenções do Poder Público, seja pelo (a) não impedimento da prática de determinado ato, (b) seja pela não intervenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas. Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurados.”²³²

De outra parte, consigna-se em sede doutrinária a existência de uma *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, retratada como aquela cuja percepção independe de seus titulares ou sujeitos de direito²³³.

Isso decorre, sobretudo, do fato de se reconhecer os direitos fundamentais como uma *ordem objetiva de valores*, paradigma inderrogável de quaisquer ações estatais, independentemente do tipo de atividade a ser realizada pelos seus diversos órgãos e poderes²³⁴.

Nesse sentido, testemunho eloquente se colige na doutrina e entendimento sistematizado na Alemanha, nos quais se averigua que para a vida estatal o significado dos direitos fundamentais são interpretados “...como princípios objetivos do ordenamento jurídico em seu conjunto, que a jurisprudência do Tribunal Constitucional vem

²³²MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Ed. Saraiva. Em similar sentido : PIEROTH Bodo e SCHLINK, Bernhard, *op. Cit.*; LUÑO, Antonio Pérez. *Op. Cit.*

²³³DIMOULOS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Ed. RT.

²³⁴“A doutrina do duplo caráter tem, igualmente, em Weimar sua fase conceitual preparatória que foi desenvolvida por K. Hesse e por mim, e que quer dizer o seguinte: os direitos fundamentais são não só direitos individuais subjetivos de cada um e de grupos, protegem também relações objetivas, complexos normativos construídos pelo Direito ordinário; isso é facilmente visível na propriedade privada, nas normas de Direito Público e Privado de associação, no matrimônio e na família; porém também no direito de reunião, que precisa de um regime jurídico e até na liberdade religiosa, em relação à qual, por exemplo, é preciso prefigurar a maioria religiosa; (...) A visão unidimensional indivíduo/Estado é notoriamente insuficiente; os direitos fundamentais são e operam no plano objetivo e transpessoal, por exemplo, como fins estatais, mandatos constitucionais e princípios para o desenvolvimento legislativo...” (HÄBERLE, Peter. *Recentes desenvolvimentos sobre direitos fundamentais na Alemanha – Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu*. Ed. Saraiva, pg. 98-99. Tradução Carlos dos Santos Almeida)

*desenvolvendo. Foi plasmada na transcendente sentença ditada em 15 de janeiro de 1958, ao resolver o caso Lüth. De acordo com essa sentença, os direitos fundamentais destinam-se, em primeiro lugar, a assegurar a esfera de liberdade do indivíduo frente a intromissões do Poder Público. Ao mesmo tempo, a Lei Fundamental, que não quer ser de nenhuma modo uma ordem neutra perante os valores, erigiu na seção correspondente aos direitos fundamentais uma ordem axiológico-objetiva, e nela expressa, com valor de princípio, um robustecimento da força normativa dos direitos fundamentais.*²³⁵”

Por essa perspectiva, aliás, é que se deve analisar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que em suas repercussões práticas impelem o Estado a manter uma postura de abstenção, por exemplo, no tocante à produção legislativa ou de atos administrativos capazes de lhe permitir, injustificadamente, intromissão na esfera pessoal de autonomia dos cidadãos, impondo, de outra parte, os direitos fundamentais como paradigmas no plano da interpretação e aplicação das normas constitucionais e infra-constitucionais²³⁶.

Como sabido, toda atividade legislativa, administrativa ou judicial, fica vinculada aos postulados inerentes a esse sistema de valores, seu parâmetro inderrogável.

No mais, toda a gramática do sistema se contagia por isso, sendo certo, então, que essa dimensão objetiva enseja aquilo que se pode chamar de obrigação de uma interpretação *conforme os direitos fundamentais*, já porque “...a doutrina nacional refere-se muitas vezes à interpretação conforme a Constituição. Uma importante dimensão desse princípio é a interpretação conforme os direitos fundamentais (*grundrechtskonforme Auslegung*). Quando o aplicador do direito está diante de várias interpretações possíveis de uma norma infraconstitucional, deve escolher aquela que melhor se coaduna com as

²³⁵HESSE, Konrad. *Significado dos direitos fundamentais. Temas fundamentais de direito constitucional*. Ed. Saraiva.

²³⁶Na condição dos direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Poder Executivo, do Poder Legislativo, ou mesmo do Poder Judiciário. Se o Estado viola esse princípio, dispõe o indivíduo da correspondente pretensão, que pode consistir fundamentalmente em uma: (1) pretensão de abstenção (*Unterlassungsanspruch*) ; (2) pretensão de revogação (*Alfhebungsanspruch*) ; (3) pretensão de anulação (*Beseitigungsanspruch*). Os direitos de defesa ou de liberdade legitimam ainda duas outras pretensões: (4) pretensão de consideração (*Berücksichtigungsanspruch*), que impõe ao Estado o dever de levar em conta a situação do eventual afetado, fazendo as devidas ponderações; (5) pretensão de defesa ou de proteção (*Schutzanspruch*), que impõe ao Estado, nos casos extremos, o dever de agir contra terceiros.” (FERREIRA, Gilmar Mendes. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Ed. Saraiva, pg. 471)

*prescrições dos direitos fundamentais. Isso deve ser feito de forma objetiva, ou seja, ex-officio, sem necessidade de provocação por parte do titular do direito. Se a autoridade pública e, em última instância, o Poder Judiciário ignorar esse princípio e, em um tema de aplicação do direito infraconstitucional, sua atuação viola potencialmente a Constituição.*²³⁷”

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais compreende também, seguindo essa mesma linha de raciocínio, o denominado *dever de proteção* por parte do Estado, fator que oportuniza uma cautela permanente de sua parte no tocante, sobretudo, a três aspectos essenciais, ou seja: (a) prevenção de riscos, (b) garantir segurança e (c) proibição de condutas potencialmente danosas aos direitos fundamentais²³⁸.

Isto implica, por óbvio, a necessidade do desenvolvimento de uma atividade estatal permanentemente voltada, por meio de seus três poderes – e respectivos órgãos – no sentido de se fomentar meios capazes de evitar ameaças e violações aos direitos fundamentais, mesmo nas relações entre particulares.

Nesse mesmo âmbito, pois, se encontra o direito a prestações positivas por parte do Estado, com a finalidade de se garantir também o próprio exercício dos direitos de liberdade, entendendo-se ser indispensável a previsão e concretização de garantias de exercício do direito de liberdade por intermédio do Estado, o que gera o ônus de sua desincumbência dessa tarefa aviando atos efetivos – tais como a legislação, por exemplo – ou até mesmo pela via de provimentos judiciais quando indispensáveis²³⁹.

Como se divulga frequentemente, a partir da doutrina germânica e, muito especialmente, com base nas decisões de sua Corte Constitucional, o Estado tem um dever geral de proteção, que o compele a permanentemente agir no sentido de reforçar as possibilidades de pleno gozo e exercício dos direitos fundamentais, provindo desse efeito irradiante – decorrente de sua previsão – que “...*implicam deveres de proteção ao Estado, impondo aos órgãos estatais a obrigação permanente de, inclusive preventivamente, zelar*

²³⁷DIMOULOS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Ed. RT.

²³⁸*Idem*.

²³⁹FERREIRA, Gilmar Mendes. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Ed. Saraiva, pg. 473)

*pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não somente contra os Poderes Públicos, mas também contra agressões por parte de particulares e até mesmo por parte de outros Estados. Isso não significa, contudo, que não se possa – a despeito de forte resistência nesse sentido – falar em deveres de proteção de particulares, o que, contudo, diz mais de perto com o item dos deveres fundamentais, bem como com o tópico da vinculação dos particulares com os direitos fundamentais.*²⁴⁰”

Não é demasiado deduzir, à vista disso, que a *função social dos direitos fundamentais*²⁴¹, vincula os Poderes Públicos e seus respectivos órgãos ao ônus de prestar tributo à sua relevância e essencialidade por meio de atividade permanentemente voltada à garantia de sua efetividade.

Exatamente por essa razão, aliás, é que em sede doutrinária se faz propalar a acepção da existência de um *direito fundamental à proteção dos direitos fundamentais*, naturalmente oponível ao Estado, como um elemento estrutural, aliás, do Estado Constitucional e Democrático de Direito²⁴².

De outra parte, essa irradiação de efeitos pelo sistema, leva a doutrina nacional e estrangeira ao consenso sobre a imprescindibilidade de que se dote a estrutura estatal de uma organicidade favorável à permanente e eficaz tutela dos direitos fundamentais²⁴³, ao mesmo tempo em que, igualmente, preveja, procedimentalmente falando, meios aptos ao alcance desse mesmo objetivo.

Essa visão é edificada sobre um fundamento indesmentível, ou seja, o de que procedimento e organização estatal são elementos determinantes de uma eficiente proteção

²⁴⁰SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* pg. 295.

²⁴¹STEINMETZ, Wilson. *Direitos fundamentais e função social do (e no) direito – Função social do direito*. Ed. Quartier Latin, pg. 42.

²⁴²ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Ed. Malheiros, pg. 452-454, trad. Virgílio Afonso da Silva.

²⁴³“Nos últimos tempos vem a doutrina utilizando-se do conceito de direito à organização e procedimento (*Recht auf Organization und auf Verfahren*) para designar todos aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos setores ou repartições (direito à organização) como de outras, normalmente de índole normativa, destinada a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processual-constitucionais (direito de acesso à justiça, direito de proteção judiciária e direito de defesa)” (FERREIRA, Mendes Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Ed. Saraiva, pg. 474)

aos direitos fundamentais, tornando-se imperativo nesse contexto a afirmação da existência de um dever estatal de providenciar meios dessas duas naturezas como forma de garantir a sua plena efetivação.

A confirmar esse entendimento, aliás, já se consignou em monografia clássica sobre a matéria: *“Outras áreas de de intensa irradiação normativa dos direitos fundamentais foram as relativas à organização e ao procedimento das actividades públicas, durante muito tempo desvalorizadas pela sua instrumentalidade perante os direitos substantivos e consideradas até em grande medida neutras ou estranhas ao mundo do Direito. Reconhece-se hoje, porém, que a generalidade dos direitos fundamentais, embora de modos diferentes e com intensidades diversas, têm uma relação importante com regras organizatórias e procedimentais – uma relação que, de resto, sempre existiu, mas que se tornou evidente com as transformações operadas nas últimas décadas.”*²⁴⁴

No tocante ao procedimento, indispensável tanto à participação democrática como à garantia de direitos, o que se reconhece é dever estatal de estabelecê-lo no formato compatível com essas finalidades, abrangendo, nesse aspecto, tanto o indispensável em termos de procedimento administrativo, como o imprescindível em termos de procedimento judicial.

Desse ponto de vista, pois, pode-se entender esse dever como aquele relacionado à normatização de meios procedimentais indispensáveis à materialização do acesso à justiça, à conformação do processo justo, enfim, de tudo quanto se considere imprescindível à garantia de plena fruição dos direitos fundamentais.

A doutrina abalizada, por sinal, enxerga o tema por esse exato viés, à medida que faz certo o seguinte: *“Direito a procedimentos judiciais e administrativos são direitos essenciais a uma proteção jurídica efetiva. É condição de uma proteção jurídica efetiva que o resultado do procedimento proteja os direitos materiais dos titulares dos direitos fundamentais envolvidos. A essa proteção de direitos materiais deve ser vinculada a fórmula do Tribunal Constitucional Federal, que descreve a tarefa do direito*

²⁴⁴ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1.976*. Ed. Almedina, pg. 141. Em igual sentido: FERREIRA, Gilmar Mendes – *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade* – Ed. Saraiva; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ed. RT.

*procedimental da seguinte forma: O direito procedimental serve à produção de decisões que sejam conforme à lei e, por esse ponto de vista, corretas, mas, para além disso, de decisões que, no âmbito dessa correção sejam justas.*²⁴⁵”

Nessa medida, o pacto político compromissório, enquanto alicerçado nessa ordem objetiva de valores, cria deveres estatais dessa natureza, uma vez que a fundamentalidade dos direitos em causa exige toda sorte de garantias de sua efetividade, notadamente no ambiente do Estado Democrático de Direito.

E, como se não bastasse o exposto, a desincumbência desses deveres fica submetida ao controle de balizas seguras, tais como as representadas pela *proibição do excesso* e a recusa à *proteção insuficiente*, critérios sobremodo relevantes na gramática do sistema.

Desse modo, a própria constitucionalidade da intervenção estatal em relação aos direitos fundamentais dependerá de sua correção e atenção ao postulado da proporcionalidade, e, ademais, pela utilização de meios aptos à materialização da tutela do modo mais indicado e intenso possível.

Uma vez mais, trata-se de parâmetros doutrinários estabelecidos na rica doutrina germânica sobre a matéria, pois, como já se anotou : “*A doutrina alemã tentou criar, a partir de uma figura cunhada pelo civilista Canaris, a denominada proibição de insuficiência (Untermassverbot), um pretense parâmetro para se inferir a partir de que momento uma omissão (sobretudo legislativa) seria inconstitucional. A figura existiria em paralelo à tradicional figura da proibição de excesso (ou exagero) (Übermasverbot) da intervenção estatal que representa uma tradução ou aplicação correta do critério da proporcionalidade. O legislador estaria no aperto (“in der Klemme”) entre os parâmetros da proibição de excesso e de insuficiência. Correspondentemente, as respectivas discricionariedades da Administração e do Judiciário também estariam reduzidas.*”²⁴⁶

²⁴⁵ALEX, Robert. *Op. Cit.*, pg. 488.

²⁴⁶DIMOULOS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Ed. RT, pg. 127. Em igual sentido: FERREIRA, Gilmar Mendes. *Op. Cit.*

1.3. - *As Gerações, A Titularidade e os Destinatários dos Direitos Fundamentais.*

Equanto produto de uma experiência cultural inevitavelmente vinculada a determinados e sucessivos instantes históricos, os direitos fundamentais foram se revelando gradativamente e, vale dizer, à medida que as necessidades de sua positivação iam brotando no plano da realidade social.

A propósito desse modo de desenvolvimento, paulatino e temporalmente condicionado, a doutrina convencionou alojá-los, ao menos em princípio, a partir de gerações específicas, de tal modo que uma vai sucedendo outra, numa fórmula aparentemente didática e de fácil compreensão²⁴⁷.

Vale encarecer, todavia, o fato de que opiniões doutrinárias mais recentes têm insistido no equívoco do tratamento geracional dos direitos fundamentais, já que expressa uma falsa concepção de substitutividade de uns por outros na evolução das diversas gerações, quando em realidade ocorre a agregação de novos direitos a cada etapa histórica²⁴⁸.

Mais correto se revela, com efeito, a denominação hoje mais utilizada, ou seja, a relativa às *dimensões dos direitos fundamentais*, em lugar de *gerações de direitos fundamentais*, pela natural cumulatividade do processo histórico de sua evolução.

²⁴⁷cf. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Ed. Saraiva, p.223.

²⁴⁸“É preciso anotar que autores têm preferido falar em gerações, querendo significar gerações sucessivas de direitos humanos. A idéia de *gerações*, contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração substitui a outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as *gerações ou dimensões* dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo *dimensão*.” (TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.*, p.500) Em igual sentido: “Desde o seu reconhecimento, nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação, razão pela qual se fala (como é o caso de Antonio Perez Luño) num processo de autêntica mutação histórica vivenciado pelos direitos fundamentais. Por outro lado, com o objetivo de ilustrar tal processo, passou a ser difundida – por meio da voz de Karel Vasak –, a partir da conferência proferida no Instituto Internacional dos Direitos Humanos em Estrasburgo – a idéia de que a evolução dos direitos (humanos e fundamentais) poderia ser compreendida mediante a identificação de três gerações de direitos, havendo quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta gerações de direitos humanos e fundamentais. Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas dirigidas contra o termo *geração*, já que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância...”(SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*,p.258)

De modo sintético pode-se afirmar a existência de um consenso doutrinário acerca da existência de *três dimensões iniciais dos direitos fundamentais*, representando a *primeira* aquela etapa no qual se firmaram os direitos individuais de caráter negativo, ou seja, aqueles cuja existência impôs ao Estado e Poderes Públicos a obrigação de uma abstenção e proveito da garantia de um espaço individual de liberdade. Os direitos daí advindos, como se sabe, são os concernentes às liberdades de expressão, locomoção, pensamento e opinião, de atividade econômica, participação política e outros de mesmo quilate.

Como resulta natural no processo de investigação histórica dos direitos fundamentais, essa *primeira dimensão* tem como elemento essencial a descoberta do homem enquanto indivíduo livre, daí porque a pedra de toque nessa etapa se localiza nos direitos de liberdade.

Neste ponto, correto o posicionamento doutrinário segundo o qual: “*Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Entram na categoria do status negativus da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre sociedade e Estado. Sem o reconhecimento desta separação não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico.*”²⁴⁹

A *segunda dimensão*, produto de um momento histórico de viragem no modo de produção econômica e, portanto, de afirmação do capitalismo industrial nascente, sobretudo a partir das revoluções industriais do século XIX, corresponde aos denominados *direitos de fraternidade ou sociais*, uma vez presente a urgência em se dotar o homem, já visto em sua situação concreta de vida, de condições jurídicas assecuratórias do acesso e participação nos benefícios sociais e econômicos alcançados pela comunidade. Surgem nesse instante aqueles direitos considerados imprescindíveis ao gozo e exercício dos

²⁴⁹BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Ed. Malheiros, p.564. Em igual sentido: SAMPAIO, José Adércio Leite, Op. Cit., p.241-242; RAMOS, André de Carvalho, *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, Ed. Saraiva, p.72.

oriundos da primeira dimensão, tais como o direito ao trabalho, à proteção no trabalho, à educação etc.

Aliás, referência elucidativa sobre tais direitos já foi averbada em termos seguintes: *“Os direitos sociais, econômicos e culturais resultam da superação do individualismo possessivo e do darwinismo social, decorrente das transformações econômicas e sociais ocorridas no final do século XIX e início do século XX, especialmente pela crise das relações sociais decorrentes dos modos liberais de produção, acelerada pelas novas formas trazidas pela Revolução Industrial; e da conseqüente organização do movimento da classe trabalhadora sob a catálise das idéias marxistas que levou à Revolução Russa e sua proposta de uma sociedade comunista planetária. As repercussões do movimento nos países industrializados tornaram evidente a necessidade de se re-equilibrar a liberdade com a igualdade, promovendo a incorporação de conteúdos sociais no discurso dos direitos.”*²⁵⁰

Tais direitos fundamentais, de relevância inegável, já eram concebidos como imprescindíveis desde os primórdios da Revolução Francesa, quando Sieyès os incluiu em seu projeto de Declaração de Direitos, sendo positivados depois, na Constituição de 1793 – de curtíssima vigência – por instâncias de Robespierre e Condorcet, já porque restava claro desde então uma noção sobre a relevância da cobertura às necessidades materiais e possibilidade de participação de todos na produção da riqueza como pré-condição para o exercício daqueles direitos de primeira geração²⁵¹.

Nessa dimensão, por conseguinte, foram introduzidos três níveis de modificação relevantes em termos de concepção então vigente sobre direitos fundamentais, ou seja, no planos de sua *fundamentação, titularidade e natureza jurídica*. No primeiro, deve ser dito que alicerçaram a erupção desses direitos as novas condições econômicas provenientes do capitalismo industrial então em desenvolvimento, provocando a constatação das desigualdades econômica e social, gerando assim a urgência em torno do fator jurídico

²⁵⁰SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. Cit.*, p.243.

²⁵¹LUÑO, Antonio Henrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho e constitución*. Ed. Tecnos, p. 121.

corretivo em relação àquele quadro instalado; do ponto de vista da titularidade, realmente, a modificação também se apresentou substancial, à medida que disse respeito ao reconhecimento de direitos em prol do ser humano em sua concreta situação existencial, confrontado com suas relações sociais a partir de sua realidade individual, o que se diferenciou em relação à visão do ser humano enquanto ente abstrato, que se deu ao tempo da primeira dimensão; por fim, no tocante à natureza jurídica esses direitos deixam de corresponder apenas a direitos de liberdade de ação, convertendo-se em liberdades de participação e em prestações²⁵².

No quanto concerne aos *direitos fundamentais de terceira geração*, revela-se oportuno frisar sua conexão com as situações de bem-estar relativas a grupos de indivíduos, decorrentes, então, de um momento histórico em que as relações sociais e econômicas se complexificam, concebida a denominada sociedade de massa, predatória em relação a muitos dos valores sociais até então consolidados. Nessa dimensão, pois, se incluem os direitos do consumidor, os relativos à tutela ao meio-ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, à paz, à comunicação e tantos outros²⁵³.

São direitos que têm como destinatário o gênero humano mesmo, vinculados, como se sabe, à perspectiva do fraternalismo teoricamente desenvolvida por Karel Vasak, que identificou - de forma não exaustiva - o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação, valendo acrescentar que essa dimensão de direitos fundamentais o abismo entre as diversas nações no plano do estágio de evolução econômica e social, havendo nessa iniciativa teórica a busca pelo arrefecimento do cenário das desigualdades no plano internacional²⁵⁴.

²⁵²*Idem*.

²⁵³“Os direitos de terceira dimensão têm como principal vetor o direito à fraternidade, fraternidade de direitos do gênero humano. São exemplos típicos de prerrogativas de terceira dimensão: direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente equilibrado, ao patrimônio histórico, artístico e cultural, à autodeterminação dos povos, à solidariedade, ao desenvolvimento, à proteção dos consumidores, direitos dos hipossuficientes, à preservação da intimidade etc. Também são denominados direitos pós materiais.” (AGRA, Walber Moura. *Op. Cit.*, p.154)

²⁵⁴BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p.569-570.

No mais, são direitos relativos aos denominados interesses difusos, atinentes a bens que transcendem a individualidade, decorrentes, claro, da massificação ocorridas em termos das relações sociais, por se afirmando em sede doutrinária: *“Quando se diz que os direitos de terceira dimensão estão afetos à titularidade coletiva e difusa, surge a necessidade de apresentar uma conceituação, de modo a diferenciá-los e identificá-los. Como ressalta Celso Bastos, o mundo moderno tem massificado as relações humanas, tanto do ponto de vista do consumo como da produção, surgindo a necessidade de discutir globalmente a situação pertinente a um grande número de pessoas. É o caso da possibilidade juridicamente autorizada de as entidades associativas representarem seus filiados judicial e extrajudicialmente, desde que autorizadas expressamente em seu objeto social. Trata-se da defesa coletiva de direitos, independentemente de litisconsórcio, que beneficiará toda uma categoria, o que significa que o direito é de uma coletividade e não o somatório de direitos individuais.”*²⁵⁵

Fala-se, ademais, em direitos fundamentais de *quarta dimensão*, cujo conteúdo é objeto de divergências doutrinárias, correspondendo para alguns aos direitos de participação democrática da sociedade civil²⁵⁶, havendo, inclusive quem os estenda ao plano internacional, como modo de resistência à Globalização econômica regida pela filosofia neoliberal. Mas há outras acepções que os ligam a direitos de garantia e proteção contra as consequências das novas tecnologias, situando-os, dessa maneira, no plano do biodireito²⁵⁷, cogitando-se, ainda, de direitos atinentes a grupos sociais hipervulneráveis, tais como idosos, crianças, portadores de necessidades especiais e outros grupos similares.

²⁵⁵FERRARI, Regina Maria Macedo Nery Ferrari. *Op. Cit.*, p.534. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ed. RT, p.264 – 265.

²⁵⁶“São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta da contaminação da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder.” (BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p.571).

²⁵⁷“A propósito dos avanços científicos, uma quarta orientação analisa a proteção à dignidade humana, independentemente do gênero, contra os possíveis abusos do progresso tecnológico como integrante da quarta geração, tendo-se a Convenção Européia sobre Direitos Humanos e Biomedicina de 1997, como exemplo.” (SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. Cit.*, p.281).

Há, também, outras acepções, havendo registros de menção a direitos fundamentais de *quinta dimensão*, a serem ainda especificados e estruturados, mas atinentes ao atendimento de necessidades humanas tais como amor e cuidado, indispensáveis à segurança emocional, elemento tido como vital para a pessoa.

Claro que a existência de alguns direitos fundamentais dos quais se cogitou aqui, notadamente os de quarta e quinta dimensão, se encontra sob críticas, dada a incerteza acarretada por sua formulação, já por serem mera decorrência das idéias de dignidade da pessoa humana, solidariedade e fraternidade, sobre as quais já se assentaram as dimensões anteriores. Não faltam, então, as objeções no tocante ao seu caráter jurídico²⁵⁸, comprometido em função de fatores os mais diversos.

Tecnicamente, apontam-se críticas tocantes à fundamentalidade desses direitos, assim como à sua estrutura jurídica, à sua tendência multiconflituosa, dentre outras²⁵⁹, valendo notar, sob a primeira perspectiva mencionada, que: *“As pretensões e interesses protegidos pela terceira, quarta e quinta gerações não seriam objeto de direitos fundamentais, tanto por não serem individuais, tendo-se por certa a afirmação de que direitos humanos apenas têm por titulares indivíduos e não coletividades (Dworkin. 1996:194 – Berting. 1.990; Donnelly:2001:25), quanto por seu particularismo, vez que em sua maioria vinculam-se a comunidades ou grupos específicos; pelo fato de que as pretensões incluídas como direitos coletivos serem mais reações a esforços inadequados de realização de direitos individuais e, finalmente, por tais vínculos serem condicionados a contextos e realidades concretas, de modo que tais direitos não passariam de um ramo coletivo do direito privado, sem a natureza humana ou fundamental (Galenkamp.1995 – Lorenzetti.1995).”*²⁶⁰

Feitas essas ponderações sobre a evolução histórica e natureza dos direitos fundamentais, é oportuno ainda formular um juízo adequado sobre seus destinatários, ou, em outros termos, acerca dos sujeitos que os titularizam, por um lado, e aqueles que se

²⁵⁸SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p.263.

²⁵⁹SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. Cit.*, p.283-285.

²⁶⁰*Idem.*

vêm por eles assujeitados, ou vinculados, dada sua inegável – e já vista – dimensão objetiva.

Por esse prisma, e no que diz respeito à questão de sua *titularidade*, desde logo se crê na hipótese – hoje referendada majoritariamente – de que o fato de se revelarem desde o princípio como *direitos subjetivos públicos* não inibe, em linha de consideração e reconhecimento, a viabilidade de *direitos fundamentais coletivos ou difusos*.

Seu perfil original, realmente, se expressa sob a estrutura própria de direitos subjetivos, havendo ainda quem se arrime nessa exigência para recusar valor ou juridicidade a direitos fundamentais de terceira dimensão²⁶¹, por exemplo, o que, todavia, se revela produto de equívoco, uma vez indiscutível o fato de sua evolução histórica e a compatibilidade desses direitos com a sociedade complexa, de massa, peculiar ao tempo presente.

Oportuno, nesse particular, o referendo à opinião segundo a qual: *“Até que ponto, todavia, pode-se aceitar que os direitos humanos apenas protejam interesses dos indivíduos se a dignidade humana em sociedades complexas demanda proteção em todos os seus domínios de projeção, inclusive nos grupos, nas coletividades e mesmo nas nações, pois o homem não vive feito mônada, mas sempre como membro de um grupo. Do mesmo modo, se deve questionar se são os direitos fundamentais sempre universais e incondicionados. Vejam-se os direitos das mulheres ou das crianças, de um lado, e, de outro, a propriedade que depende da função social para legitimar-se.”*²⁶²

Indiscutível, nessa linha de raciocínio, a aceitabilidade da titularidade coletiva dos direitos fundamentais, notadamente no quanto diga respeito aos denominados direitos fundamentais sociais e àqueles de terceira dimensão, sendo, realmente, de se consignar que a partir do instante no qual se firma a concepção de um Estado Social, notoriamente voltado a uma postura mais ativa no sentido da tutela à igualdade substancial, fragilizou-se

²⁶¹“Outro elemento característico do direito subjectivo fundamental será sua individualidade, ou seja, a possibilidade de sua referência a homens individuais. Em rigor só os indivíduos poderiam ser titulares (sujeitos activos) de direitos fundamentais, pois a dignidade humana que os fundamenta só vale para pessoas físicas (as únicas pessoas humanas) e não para as pessoas jurídicas ou colectivas.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p.116)

²⁶²SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. Cit.*, p.283-284.

- para dizer o mínimo - a acepção de direito subjetivo como fórmula exclusiva de estruturação dos direitos fundamentais²⁶³.

Contemporaneamente, pois, não há motivos ou fundamentos plausíveis para se rejeitar a viabilidade da titularidade coletiva, seja dos direitos fundamentais sociais, seja dos direitos de terceira dimensão.

No mais, no concernente aos destinatários dos direitos fundamentais, mostra-se infenso a questionamentos o fato do inteiro comprometimento do Poder Público e, enfim, dos órgãos públicos em geral com a proteção efetiva dos direitos fundamentais²⁶⁴.

Vale dizer, a própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais, à medida em que expressa o dever de sua proteção acarreta a obrigação de os Poderes de Estado manterem atenção plena às diretivas dos direitos fundamentais, as quais, diga-se, suas atividades restam inteiramente subordinadas²⁶⁵.

Restringindo a análise aos três poderes constituídos, vale lembrar que o Executivo, em todo e qualquer ato pertinente à sua atividade deverá obediência aos termos dos direitos fundamentais, hoje constitucionalizados, cumprindo-lhe, destarte, abster-se de qualquer iniciativa capaz de ferir a esfera individual dos cidadãos em geral, tanto quanto agir a tempo e a hora para a materialização de direitos fundamentais prestacionais, no objetivo de consolidação da cidadania democrática.

À luz desse entendimento, e sendo indispensável reconhecer que o postulado da legalidade é aquele em função do qual se move a Administração, não é demais sublinhar

²⁶³“Assim, a preocupação com a desigualdade substancial erode o conceito de direito subjetivo, pois às novas relações jurídicas não mais se aplica o clássico modelo para o qual o titular do direito material é o legitimado a requerer seu cumprimento. Realmente, as demandas de natureza social, cultural ou econômica não são necessariamente divisíveis, pois a providência estatal requerida em geral somente pode ser adotada tendo em vista o todo, e não o particular.” (WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. Ed. Malheiros, p.182)

²⁶⁴Não se tratará aqui da projeção horizontal dos direitos fundamentais pelo evidente desinteresse ao contexto do trabalho, que se restringe ao campo específico dos direitos fundamentais sociais.

²⁶⁵“A história dos direitos fundamentais indica que sua principal finalidade foi a de limitar o poder do Estado em favor dos indivíduos a este submetidos. Essa finalidade continua sendo, até hoje, a primordial. O destinatário principal do dever de respeitar os direitos dos indivíduos é o Estado no sentido mais amplo do termo, isto é, toda e qualquer autoridade ou órgão que exerça competências estatais, mesmo por concessão de serviço público ou permissão especial.” (DMIOULIS, Dimitrius e MARTINS, Leonardo. *Op. Cit.*, p. 104)

que a desincumbência de sua tarefa obriga seus agentes à constante interpretação e aplicação das normas regentes de sua atividade nos diversos campos de sua atuação, o que, como se sabe, é tarefa a ser cumprida sempre na consideração dos direitos fundamentais²⁶⁶.

Sobre o Legislativo, igualmente, no exercício de sua competência essencial, relativa à produção de atos normativos, torna-se imperioso que o faça tendo em mira os preceitos atinentes aos direitos fundamentais, devendo abster-se de fazê-lo quando se desenhe situação de sua violação, sempre indesejável. Garantir a igualdade substancial também o impele a legiferar de modo a concretizar, em última análise, os direitos sociais, culturais e econômicos.

Vale dizer: *“Um direito fundamental pode necessitar de normas infraconstitucionais que disciplinem o processo para a sua efetivação ou que definem a própria organização de que depende sua efetividade (pense-se, por exemplo, no direito à ampla defesa). A inércia do legislador em satisfazer uma imposição de concretização de direitos fundamentais pode ensejar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou o mandado de injunção.”*²⁶⁷

No tocante ao Judiciário, da mesma maneira, sua vinculação à efetivação dos direitos fundamentais é de similar intensidade, cumprindo-lhe inicialmente observá-los no plano de seus procedimentos, dos atos judiciais de uma maneira geral e, mais que isso, estabelecendo também o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e legitimidade das atividades dos demais poderes à medida que deixam de espelhar submissão a eles.

²⁶⁶“Em correlação com a aplicabilidade imediata dos preceitos respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, a 2ª parte do art. 18, n 1, da Constituição estabelece quais são os seus destinatários. São destinatários destas normas, estão vinculadas a direitos, liberdades e garantias, antes de mais, as entidades públicas seja qual for a sua forma de actuação, e não apenas o Estado. E são destinatários todos os órgãos do poder, e não apenas um dos poderes do Estado, o poder legislativo. A vinculação dos órgãos do poder pelas normas constitucionais torna-se patente em dois planos ou momentos: (a) Em relação a cada norma constitucional e a cada lei ou outro acto do Estado que com esse preceito venha a ser confrontado e que lhe deve ser conforme (art. 3º, n 2, da Consituição); (b) Em relação ao conjunto dos preceitos constitucionais e ao conjunto dos actos jurídicos públicos, os quais devem tender a criar condições objectivas capazes de permitir aos cidadãos usufruírem efetivamente de seus direitos, liberdades e garantias no âmbito do Estado de Direito Democrático.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Tomo IV. Coimbra Editora, p.104)

²⁶⁷MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires E BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*, Ed. Saraiva, p. 235.

Exato, portanto, o escólio segundo o qual: *“A vinculação dos órgãos judiciais aos direitos fundamentais, de acordo com a lição de Gomes Canotilho, manifesta-se, por um lado, por intermédio de uma constitucionalização da própria organização dos tribunais e do procedimento judicial, que além de deverem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais, por estes são influenciados, expressando-se, de outra parte, na vinculação do conteúdo dos atos jurisdicionais aos direitos fundamentais, que neste sentido atuam como autênticas medidas de decisão material, determinando e direcionando as decisões judiciais. (...) De outra parte, há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que se encontram não apenas eles próprios também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para além disso (e em função disso) o controle da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais...”*²⁶⁸

2.- Direitos Sociais, Conceito e Evolução Histórica.

A dignidade converteu-se em atributo inerente à idéia de pessoa humana em razão da percepção cultural e filosófica de seu status diferenciado enquanto ente peculiar frente aos demais, o que, se por um lado impôs o reconhecimento de sua autonomia e liberdade no desenvolvimento de sua personalidade, por outro revelou em sua humanidade o fator de comunhão e igualdade com seus semelhantes.

Em seu sentido kantiano²⁶⁹, a dignificação do status humano se fez razão filosófica do impedimento à redução da pessoa ao nível de instrumento manipulável por poderes de quaisquer origens, com isso outorgando à pessoa os dois essenciais predicados da liberdade e igualdade, necessários à uma existência compatível com suas naturais necessidades.

²⁶⁸SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p.322

²⁶⁹Havia também outros sentidos, inclusive o religioso, de muita influência. Nesse aspecto, vele relembrar: “Já no seu sentido antropocêntrico renascentista, mas sem renunciar à inspiração dos principais teóricos da Igreja Católica, Giovanni Pico de La Mirandola, ao justificar a idéia de grandeza e superioridade do homem em relação aos demais seres, afirmou que sendo a criatura de Deus , ao homem (diversamente dos demais seres, de natureza bem definida e plenamente reguladas pelas leis divinas) foi outorgada uma natureza indefinida para que fosse seu próprio árbitro, soberano e artífice, dotado da capacidade de ser e obter aquilo que ele próprio quer e deseja.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dicionário de filosofia do direito – verbete “dignidade da pessoa humana”*. Ed. Unisinos – Renovar, Coordenação de Vicente Paulo Barreto, p.213)

A propósito, o pensamento filosófico sobre o tema tem perfeita descrição em sede doutrinária, que ora se colaciona, nos termos seguintes: “*Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendido como a faculdade de determinar a si mesmo e agir de acordo com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrados nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. Com base nessa premissa, Kant sustenta que o homem, e de uma maneira geral todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário dessa ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo, como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado como um fim...*”²⁷⁰”

Posta a concepção final de *dignidade humana*, produto de acumulação de reflexões filosóficas de toda ordem, e independentemente de se aceitá-la como um dado intrínseco e estrutural da pessoa ou como um atributo *in fieri* e a ser conquistado²⁷¹, o fato é que desde sempre ela fez ressaltar a urgência em se plenificar sua autonomia e liberdade.

Daí a se constituir alicerce dos direitos fundamentais, seja porque estes se erigem como utilitários de sua tutela²⁷², seja porque estes instrumentalizem sua conquista, o fato é

²⁷⁰*idem*.

²⁷¹Como contraponto à visão kantiana da matéria, havia a visão de Hegel, para quem: “...de certo modo, a partir de uma perspectiva escolástica – tal como encontrada em Tomás de Aquino – a dignidade constitui – também (mas não exclusivamente ao que nos parece) – uma qualidade a ser conquistada. Na condição de um dos expoentes (se não o expoente) do idealismo filosófico alemão do século XIX, Hegel – aqui na interpretação outorgada por Carlos Ruiz Miguel – acabou por sustentar uma noção de dignidade centrada na idéia de eticidade (instância que sintetiza o concreto e o universal, assim como o individual e o comunitário), de tal sorte que o ser humano não nasce digno – de tal sorte que ‘Hegel refuta uma concepção estritamente ontológica de dignidade - , mas torna-se digno a partir do momento em que assume sua condição de cidadão’” (*idem*, p.215)

²⁷²“Na mais nova literatura a respeito do art. 1º, inc. I da L.F., assume relevância uma dupla dimensão: a dignidade como valor, no sentido de princípio valorativo jusnatural (Teoria da dádiva – *Mitgifttheorie* :Hasso Hoffman), é confrontada com a dignidade como prestação (*Leistung*): dignidade não é, de acordo com esta última corrente, nem atributo natural do homem, nem valor, mas sim uma tarefa que o indivíduo pode realizar, mas que também pode perder. Os direitos fundamentais não possuem a função de assegurar a dignidade, pois isso não repousa no poder do Estado, e sim de conservar as condições para essa tarefa. A grande vantagem dessa teoria diante da até então dominante concepção filosófico-valorativa deveria consistir na possibilidade de *se relacionar a dignidade diretamente com situações concretas, envolvendo problemas de homens individuais*. Dessa interpretação deveria resultar que a dignidade humana tem alguma coisa a ver com a chance de próprias condutas, da própria atividade humana.” (HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal – Dimensões da Dignidade*, Ed. Livraria do Advogado, p. 73)

que de sua prodigiosa afirmação se fizeram evoluir as possibilidades de concretização de sujeitos jurídicos livres e iguais, num passo novo da civilização sobre o território do Direito.

A aspiração à liberdade e igualdade, aliás, já era fator presente nos círculos filosóficos, políticos e jurídicos desde remota antiguidade, legitimando-se como urgência universalizada da pessoa humana tão logo se tonificaram as revoluções dos séculos XVII e XVIII, notadamente por suas declarações de direitos, que a ratificaram de forma solene.

Desde logo, a propósito, a autonomia pessoal e, enfim, a liberdade individual, restaram prestigiadas como direitos típicos e fundamentais, voltados à auto-regência pessoal, propagando-se de forma multifacetada e correspondente às distintas regiões de seu exercício, como garantia do livre, autônomo e integral desenvolvimento da personalidade.

Sob o ponto de vista geral, por óbvio, a intangibilidade da pessoa por seus atos, palavras e gestos se fazia objeto de respeito frente à coercibilidade das regras e princípios que, ademais, já se entranhavam no núcleo central do Estado de Direito pela via dos pactos políticos, produto de um constitucionalismo que já se fazia presente.

O iluminismo individualista, vale dizer, acrescentava credibilidade ao valor próprio do direito à liberdade, que, afinal, era o dístico daquela etapa histórica, inserindo-se na triangular expressão do sentimento geral da época - liberdade, igualdade e fraternidade – como seu vértice principal²⁷³.

²⁷³“Historicamente, nos albores do liberalismo, a idéia de liberdade surgiu apenas como conteúdo negativo (status negativus ou liberdade de). Com efeito, a preocupação essencial dos primeiros liberais era com a proteção do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado, que caracterizaram o período absolutista. Por outro lado, a liberdade negativa, enquanto mera ausência de constrição, atendia aos interesses econômicos da nova classe emergente – a burguesia – que via no intervencionismo mercantilista um entrave ao seu desenvolvimento. Com as revoluções liberais (a inglesa, a americana e a francesa), as liberdades negativas converteram-se em direitos fundamentais do homem, consagrados nas célebres Declarações de Direitos e Constituições em geral.” (BINEMBOJM, Gustavo. *Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX – Legitimação dos direitos humanos*. Ed. Renovar, Coordenação de Ricardo Lobo Torres, p.300) Em igual sentido: “A postura individualista ou liberal, hoje refletida em um sem número de constituições, foi se moldando em boa medida na disputa entre concepções rivais. Particularmente, e segundo direi, a preocupação individualista de manutenção da privacidade para cada pessoa – a defesa do que chamarei de neutralidade estatal – se vincula à recusa do modelo perfeccionista, no qual o Estado toma partido por alguma concepção do bem, a que o favorece frente a outras alternativas...”(GARGARELLA, Roberto. *Teoria y crítica del derecho constitucional*. Ed. Abeledo Perrot, Tomo I, p.14)

E se a densificação da legitimidade do direito fundamental à liberdade se pôs em marcha desde então de maneira exitosa, bastaram os tempos novos do século XIX, com sua revolução econômica e industrial, ponto de partida de um capitalismo nascente, para se ver que a pessoa livre, e a ser fraternalmente incluída socialmente como igual, ficaria presa às teias de uma abstração já incondizente com a realidade de tempos de marginalização social.

Nesse particular, aliás, estudiosos dos direitos fundamentais lembram que o século XIX foi palco de intensas discussões em torno do caráter próprio dos direitos fundamentais em relação à sua projeção sobre a realidade social da época, e especialmente ante a ausência da materialização da igualdade numa sociedade em que os privilégios de classe e o individualismo²⁷⁴ se assoberbavam. Desde alguma tempo já havia previsibilidade disso, afinal, havendo registros de que já na França se pretendia para o movimento de 1848 a instituição de um Estado Social, estruturado sobre uma Constituição moldada pelo valor da igualdade²⁷⁵, de cuja concretização se ressentiam os filósofos amigos do movimento revolucionário.

A discussão em torno desse tema também chegara à Alemanha, pondo-se sob fortes críticas a idéia burguesa de direitos fundamentais, onde, por sinal, corrente filosófica relevante lhe dirigiu acerbas, assim descritas em sede doutrinária: “*E uma, que tinha em Marx e Engels seus mais característicos expoentes, desenvolve uma profunda revisão crítica dos direitos fundamentais próprios do Estado burguês, ao destacar seu caráter abstrato, formal e classista. Inerentes ao indivíduo enquanto tal e patrimônio universal de todos os homens, se mostraram vazios de conteúdo na realidade ao não intervir o Estado*

²⁷⁴A preocupação com os arroubos individualistas já tinham chegado, aliás, à filosofia, galvanizando a atenção primordial de Hegel, que, segundo se colhe em sua obra, buscava alternativas. Sobre isso, aliás, reporta Alysson Leandro Mascaro: “Hegel enxerga nos antigos uma ética orgânica, social, que não fragmenta a totalidade em indivíduos que se pressupõem indiferentes. Trata-se da visão política que anima a filosofia grega clássica, de Platão e Aristóteles. Nos tempos modernos, com o capitalismo, a ética transborda para o campo da individualidade, rompendo a coesão social antiga. O eixo da reflexão jurídica passa a ser o indivíduo autônomo e seus direitos. Para Hegel a modernidade teve o condão de corrigir a antiga submissão do indivíduo ao todo. Com a forja dos sujeitos de direito e de seus direitos subjetivos, a modernidade deu dignidade ao indivíduo. Mas, ao mesmo tempo, abriu-se margem a problema oposto, o do perecimento dos vínculos entre os próprios indivíduos.” (*Filosofia do direito*. Ed. Atlas, p.247)

²⁷⁵LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Ed. Tecnos, p.122.

*para garanti-los, confiando sua efetividade à esfera da ação dos particulares, na qual as desigualdades econômicas desmentem o princípio da igualdade formal originária.*²⁷⁶”

Já se cuidava de uma nova era em que se agudizou a percepção sobre um fator capital à própria subsistência dos denominados direitos fundamentais, em decorrência da qual se foi firmando a convicção política sobre a vinculação do gozo de seus benefícios a pré-condições inafastáveis.

A liberdade para a edificação de uma existência digna, partilhando os bônus todos de uma comunidade política e economicamente organizada, se viu naturalmente obstruída pela abissal incorrespondência de circunstâncias pessoais imprescindíveis ao alcance desse objetivo, notadamente no ambiente da sociedade capitalista, que aprofundou a cisão entre as diversas classes por critérios exclusivamente materiais.

Desde esse ponto, ou seja, a partir do instante em que se sedimenta essa percepção, e tendo em vista a invencível resistência à oportunização de uma igualdade de teor substancial à vista da incrustação de um individualismo de exacerbada tonalidade, é que a engrenagem da filosofia política se move no sentido de recompor o equilíbrio entre as duas estruturas fundamentais da dignidade humana, ou seja, a liberdade e a igualdade.

Estavam fundadas as bases de uma reconcepção dos direitos fundamentais, na perspectiva de se abrirem caminhos novos à concretização de seus postulados básicos, pois a dignidade humana, idéia que os estrutura, não dispensa conteúdos de alteridade ou solidariedade²⁷⁷.

²⁷⁶*idem*, p.124.

²⁷⁷“Os conceitos científico-sociais de identidade confortam, além disso, o reconhecimento jurídico que segue: na dignidade humana, a referência ao outro é pressuposta. O reconhecimento da igual dignidade dos outros forma a ponto dogmática para o enquadramento intersubjetivo da dignidade humana de cada um, tal como dá conta a jurisprudência praticada pelo Tribunal Constitucional Federal sobre a imagem do homem ou como demonstra a concretização levada a efeito no catálogo de direitos fundamentais, especialmente nos arts. 6º e 140, 9º e 21 ou 28, inc. II da LF. A referência ao outro, ao próximo, ao tu e ao irmão (no sentido da fraternidade de 1789), hoje também à irmã, constitui integralmente conteúdo do enunciado jurídico-fundamental da dignidade humana (palavra-chave co-humanidade comunicativa – *kommunikative Mitmenschlichkeit*).” (HÄBERLE, Peter. *Op. Cit.*, p.80-81) Ainda, sobre a dimensão intersubjetiva da dignidade humana, cf. SARLET, Ingo Wolfgang, in *Dicionário de filosofia do direito*, Ed. Unisinos/Renovar, p.221)

Já a partir do século XIX filósofos como *Fichte, Hegel, Saint Simon, Fourier, Owen, Marx, Hegel, Lassale, Bernstein, Max Adler* e outros²⁷⁸ encarregaram-se de formular críticas ao estado de coisas, formulando propostas de reformulação, ao mesmo tempo em que, sob o ponto de vista do Direito, juristas comprometidos com a idéia de uma sociedade mais justa também se puseram a braços com a tarefa de buscar caminhos para a sedimentação, em melhores bases, da idéia de direitos fundamentais.

Voltados a isso, *Leon Duguit, Von Stein, Gurvitch, Harold Laski, Hermann Heller, Guetzevitch e Fernando De Los Rios*, são lembrados em obra monográfica de referência sobre a matéria, sobretudo por serem construtores de uma acepção de direito enformador de uma sociedade solidária e mais igualitária, com a intenção de se agudizar a concretização de dois elementos esquecidos da tríade valorativa que oferece base aos direitos fundamentais, ou seja, a fraternidade e a igualdade²⁷⁹.

Fazê-lo, aliás, era questão de relevo.

O constitucionalismo social, a propósito, prestou colaboração imprescindível para que o roteiro de elaboração, fundamentação e concretização dos direitos fundamentais sociais, culturais e econômicos viessem a prumo, já porque a domesticação do liberalismo econômico e individualista carecia de mecanismos institucionais apropriados.

Nesse sentido, a estruturação teórica do Estado Social se formou como uma estratégia decisiva à figuração dos direitos fundamentais sociais, à medida que organizado a partir de uma concepção de democracia social, sem a qual se revelava impossível a materialização da isonomia material entre os sujeitos de direitos²⁸⁰.

²⁷⁸cf. MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Ed. Dykinson, p.34-46.

²⁷⁹*Idem*.

²⁸⁰“A concepção de uma igualdade material ganhou força com a concepção do Estado Social de Direito do início do século XX. Nesta evolução não deve ser subestimada a influência da doutrina social da Igreja Católica, que, a partir da encíclica papal *Rerum Novarum* (1891) de Leão XIII, começou a enfatizar os deveres do Estado na política social e de previdência e a formular dos Direitos Sociais dos trabalhadores. Os direitos sociais, habitualmente chamados os da segunda geração (ou dimensão) surgiram em nível constitucional somente com as do México (1917), da República Alemã (1919), e posteriormente também no Brasil (1934).” (KRELL, Andreas J. *Verbete direitos sociais, in Dicionário de filosofia do direito*. Coordenação Vicente Paulo Barreto, Ed. Unisinos-Renovar, p. 251.

Aliás, neste ponto insistiam alguns teóricos de colaboração acadêmica essencial para o fomento dos direitos sociais, já que compreendiam perfeitamente bem sua urgência à medida que: “...sem dúvida, a democracia política quer garantir a cada um dos membros do Estado, mediante a nomeação de representantes, idêntica possibilidade de influir na formação da unidade política. Mas a disparidade social pode produzir um *summun ius*, uma *summa injuria*. Sem homogeneidade social a mais radical igualdade formal se torna a mais radical desigualdade e a democracia formal, ditadura da classe dominante.”²⁸¹”

Logo, inegável que a elaboração acadêmica dos direitos sociais se fundou, realmente, no abuso provocado pelo individualismo exacerbado, e especialmente, no tocante aos direitos de propriedade e autonomia da vontade²⁸².

Posto isso, e tomando por certo que os direitos fundamentais sociais são fatores inerentes ao Estado Social, que por sua vez carrega em suas dobras o princípio da socialidade, ou *princípio da democracia social e econômica*, há que ver a obrigação pendente – e em caráter permanente – para todos os seus poderes e órgãos no sentido de operarem de modo a concretizar a igualdade social²⁸³.

É nesse contexto principiológico que têm lugar, então, os denominados *direitos fundamentais sociais, culturais e econômicos*, que, como quaisquer outros direitos do gênero, mas ainda mais particularmente, se firmam a partir de um conjunto de pressupostos, os quais, sob o prisma histórico-social, condicionam também outros elementos estruturais de sua concepção.

Sobre o assunto, a propósito, respeitável doutrina propõe: “*Os direitos econômicos, sociais e culturais e respectiva proteção andam estreitamente associados a um conjunto de condições – econômicas, sociais e culturais – que a moderna doutrina dos direitos fundamentais designou por pressupostos dos direitos fundamentais. Consideram-se*

²⁸¹HELLER, Herman. “apud” MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Op. Cit.*, p.55.

²⁸²NUNES JR., Vidal Serrano. *A cidadania social na constituição de 1.988*. Ed. Verbatim, p.51.

²⁸³“O princípio da democracia econômica e social constitui uma autorização constitucional no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adoptarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a óptica de uma *justiça constitucional nas vestes de uma justiça social*” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Ed. Almedina, p. 338)

*pressupostos de direitos fundamentais a multiplicidade de factores – capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva ou negativa a existência e protecção dos direitos econômicos, culturais e sociais.*²⁸⁴”

Nesse caso, assim é, sobretudo, por dizerem respeito esses direitos a um mecanismo, uma categoria jurídica voltada exclusivamente ao asseguramento da igualdade de fato, ou seja, da isonomia substancial, implicando objetivamente, e na maior parte das situações, uma intervenção estatal imprescindível à melhor conformação da sociedade com apoio, sobretudo, a seus extratos mais carentes.

É por isso que se pode concebê-los, sob a ótica de sua natureza, como direitos de participação social com vistas a garantia de uma convivência verdadeiramente democrática²⁸⁵, hoje conceituados como “*dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.*”²⁸⁶”

Outros conceitos similares se espargem pela doutrina nacional e estrangeira, malgrado as dificuldades naturais quanto a uma unificação de idéias a respeito, havendo quem os entenda, por exemplo, como sendo “*o conjunto de normas por meio das quais o Estado leva a cabo sua função equilibradora das desigualdades sociais.*”²⁸⁷”

²⁸⁴*idem*, p.473.

²⁸⁵Idéia que sobre eles guardava Gurvitch, “apud” PEREZ-LUÑO, in *Los Derechos fundamentales*, Ed. Tecnos, p. 183.

²⁸⁶SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. Ed. Malheiros, p.286.

²⁸⁷PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Op. Cit.*, p.184. Na doutrina portuguesa, e de forma similar, cf. : “...situações ou posições de vantagem traduzidas normativamente, na sua dimensão subjectiva principal, em correspondentes pretensões face ao Estado, à realização, garantia ou manutenção dessas posições de vantagens relativas ao acesso aos bens jusfundamentalmente protegidos pelos direitos sociais.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra Editora, p.41) Em igual sentido: QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*, Coimbra Editora, p.25; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1.976*, Ed. Almedina, p.359.

Dessa maneira, afloram na intimidade de um pacto político compromissório, em que se destaca a finalidade de configuração de uma sociedade mais igual e democrática sob o prisma econômico, social e político.

Assentam-se no plano constitucional com índole própria, ou seja, a de obrar permanentemente em favor da igualdade substancial, cuja promoção e manutenção se convertem em propósitos essenciais do Estado Social de Direito, tal como sabido²⁸⁸. É nessa direção, aliás, o escólio que se colhe em sede doutrinária, segundo o qual: “A igualdade material ou substancial, ou igualdade de trato material, aparece conectada com a idéia de justiça material, e com a consecução de valores e meios que permitam o pleno desenvolvimento da pessoa e sua participação na organização econômica, política e social de um país. Identifica-se com a idéia de equiparação e equilíbrio de bens e situações econômicas e sociais. Os direitos, segundo essa dimensão, são direitos à compensação das desigualdades e, por isso, a chegarem a ser pessoas iguais às demais nas condições mínimas de vida e sobrevivência.”²⁸⁹”

2.1.- Fundamentalidade e Estrutura dos Direitos Sociais.

Talvez tenham razão aqueles que salientam ser o problema da fundamentalidade dos direitos sociais essencialmente alemão, ou de pelo menos ter origem germânica, haja vista o fato de a L.F. daquele país não dispor de maneira mais especificada sobre seus termos, limitando-se a uma alusão a eles²⁹⁰.

Localiza-se aí, em verdade, um problema ideológico quanto à assimilação ou não desses direitos como típicos direitos humanos, opondo-se a essa acepção, naturalmente, os

²⁸⁸“A abrangência do âmbito de proteção do princípio da igualdade – em mais uma classificação apresentada por Canotilho e Vital Moreira – revela três outras dimensões: a proibição do arbítrio (*nem aquilo que é fundamentalmente desigual deve ser tratado arbitrariamente como igual*), a proibição de discriminação (*o tratamento desigual deve pautar-se por critérios de justiça, exigindo-se, dessa forma, uma correspondência entre a solução desigualitária e o parâmetro de justiça que lhe empresta fundamento material*) e a obrigação de diferenciação (*o dever de eliminação ou atenuação, pelos poderes públicos, das desigualdades sociais, econômicas e culturais, a fim de assegurar uma igualdade jurídico-material*).” (ROTHEMBOURG, Walter Claudius. *Igualdade – Direitos fundamentais e estado constitucional – Estudos em homenagem a J.J. Canotilho*, Ed. RT, p.351)

²⁸⁹AÑÓN, José García. *Derechos sociales e igualdad – Derechos sociales, instrucciones de uso*. Ed. Fontanamara, p.85

²⁹⁰Novais, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Coimbra Editora, p.75-76

que seguem firmes em suas convicções sobre a imprescindível autonomia da sociedade sobre Estado, e bem assim guardando desconfiança em relação à qualquer intervenção mais aguda de sua parte sobre ela²⁹¹.

As objeções opostas à jusfundamentalidade dos direitos sociais, culturais e econômicos, pois, são frágeis no seu vigor jurídico, já porque se construíram à sombra de uma divergência político-ideológica, em si mesma indiciária do baixíssimo teor sob a perspectiva técnica.

Aliás, o tema fundamentalidade dos direitos, como consabido, deriva de dois fatores, um de natureza formal e outro de cariz material, dizendo respeito ao primeiro – o de natureza formal - o fato da sua consagração em norma situada no patamar mais elevado do sistema jurídico, consubstanciando, em alguma medida, barreira à revisão da ordem normativa em que se vê inserida, que, por sua vez, quando admitida, dependeria de procedimento agravado²⁹², cuidando-se, ainda, de diretriz normativa apta a vincular efetivamente os poderes públicos. Sob o segundo aspecto – material - , atine mais ao conteúdo normativo, ligado à concepção das estruturas básicas da sociedade²⁹³.

Em outros termos, a conjugação desses dois fatores fixa o critério para o estabelecimento da denominada fundamentalidade, sem embargo da prevalência do critério material, inclusive, haja vista a possibilidade de constituições não escritas em alguns casos.

²⁹¹“Nos últimos vinte anos, em quase todos os países do Ocidente, os direitos sociais – desde o direito à saúde, passando pelo direito à educação, até os direitos à subsistência e o direito à assistência social – têm sido objeto de ataques e restrições crescentes por parte de políticos considerados liberais. A constitucionalização de tais direitos e as políticas de bem-estar – que constituem talvez a conquista mais importante da civilização jurídica e política do século passado – têm sido assim postas em discussão, e correm hoje o risco de comprometimento. Essa debilidade política é também fruto de uma debilidade teórica. Embora os direitos sociais sejam solenemente proclamados em todas as Cartas constitucionais e internacionais do século XX, uma parte relevante da cultura politológica, e não só a conservadora – de Friedrich Von Hayek a Barbalet, de Giovanni Sartori a Dannilo Zolo – não considera que se trate propriamente de direitos. Os argumentos para sustentar esse singular desconhecimento do direito positivo vigente, não por casualidade articulados mais por politólogos mais que juristas, são sempre os mesmos: que estes direitos correspondem, em lugar de proibição de lesão a prestações positivas, cuja satisfação não consiste em um não fazer e sim em um fazer, enquanto tal nem formalizável e nem universalizável, e cuja violação, pelo contrário, não importam em atos ou comportamentos sancionáveis ou anuláveis, senão em simples omissões, que não resultariam nem coercíveis, nem justiciáveis.” (FERRAJOLI, Luigi. *Prólogo a Los Derechos sociales como Derechos exigibles*. ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Ed. Trotta, p.9-10 – Tradução livre do espanhol)

²⁹²CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.*, p.378-379.

²⁹³*Idem*.

Aliás, do ponto de vista material, a essencialidade do direito consagrado será conferida claramente por seu teor correlato à proteção e garantia da dignidade, ou melhor, quando disser respeito ao reconhecimento de elementos capitais à afirmação de valores humanitários correspondentes ao pacto político onde estão consagrados.

No propósito de bem esclarecer esse critério, vale lembrar opinião técnica inolvidável, segundo a qual deve-se sempre levar em consideração o objetivo último do direito em questão, e assim: *“Para chegar a essa conclusão é necessário buscar o objetivo último que os direitos cumprem no plano da ética pública ou justiça, que é o conteúdo material do Direito. Os direitos, junto com os valores e princípios, formam parte do conteúdo de justiça de uma sociedade democrática moderna e têm como objetivo último auxiliar a que todas as pessoas possam alcançar o nível de humanização máximo possível em cada momento histórico. (...) O que identifica, por conseguinte, o conceito de direitos humanos, ou serve de justificação ou fundamento de sua existência, é que pretendem, como fim, favorecer na organização da vida social o protagonismo da pessoa – o homem centro do mundo e o homem centrado no mundo – para que possa desenvolver plenamente as virtualidades de sua condição (dignidade humana) Se esse objetivo pode ser alcançado a partir de uma pretensão subjetiva jurídica e possível, é dizer, se se pode articular com a técnica dos direitos (como direitos subjetivos, liberdades, faculdades ou imunidades) atribuíveis a titulares idôneos (sinônimo de competentes no âmbito da produção normativa) e com conteúdos possíveis nas obrigações dos sujeitos correlatos (eficácia), estamos diante de direitos fundamentais.”*²⁹⁴

Os parâmetros definitórios da jusfundamentalidade, à medida que assim concebidos, marginalizam as críticas e oposições à atribuição dessa natureza aos direitos econômicos, sociais e culturais, uma vez articuladas de modo epitelial.

Exemplificando, parece mesmo absolutamente sem sentido assestar um vício de origem, comprometedor de sua essencialidade, correspondente ao fato de se tratarem de posições jurídicas manejáveis contra o Estado, criando-lhe deveres prestacionais, como se em relação aos originais direitos fundamentais de liberdade não houvesse a dimensão

²⁹⁴MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Op. Cit.*, p. 61-62. Tradução livre do espanhol.

objetiva a criar obrigações tais e quais, malgrado de caráter negativo, e, ainda, como se não fosse mais correto ter presente o fato de não se cuidarem de direitos exercitáveis *contra o Estado*, mais apenas por seu intermédio²⁹⁵.

Noutro giro, nada indica, igualmente, um déficit de fundamentalidade por decorrência de se cuidarem de direitos submetidos a pré-condições, notadamente as de caráter econômico-financeiro, o que os submete à progressiva ordem de implementação, em função de natural escassez de recursos do Estado, o obrigado às prestações indispensáveis à sua efetivação. A insurgência neste caso peca por configurar pressurosa ponderação da qual se encontra ausente a obrigatória visão sobre a prescindível alocação de recursos para o aviamento de direitos sociais em muitos casos, nos quais bastariam uma regulamentação formal apenas²⁹⁶. A par disso, óbvio, não se pode arredar a consideração de que condicionalidade do tipo também afeta rigorosamente a viabilização do exercício dos denominados direitos fundamentais clássicos, cujos custos são admitidos em toda doutrina²⁹⁷.

Por fim, difícil outorgar crédito à objeção tocante à titularidade desses direitos, por dizerem respeito - particularmente os sociais - a uma coletividade de pessoas, sem a desejável universalização, portanto. A crítica aí, uma vez mais, passa ao largo dos objetivos de sua estipulação, justamente voltados à garantia de uma isonomia a partir do

²⁹⁵“ Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais. São os direitos fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que aos individuais. O Estado, mediante leis parlamentares, e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas *políticas sociais* (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo dos direitos constitucionalmente assegurados.” (KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Ed. Sergio Antonio Fabris, p. 19-20)

²⁹⁶“Por um lado, alguns direitos se caracterizam pela obrigação de o Estado estabelecer algum tipo de regulação, sem a qual o exercício de um direito não tem sentido. Nestes casos a obrigação do Estado nem sempre está vinculada com a transferência de fundos para o beneficiário da prestação, devendo, ao contrário, estabelecer normas que concedam relevância a uma situação determinada.” (ABRAMOVICH, Victor E COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Ed. Trotta, p.33. Tradução livre do espanhol)

²⁹⁷“O contra-argumento apresentado à *reserva do possível*, e de há muito desenvolvido em distintas latitudes, não será portanto, já que isso seria implausível, a negação da reserva, mas antes a idéia de que um tal condicionamento econômico e financeiro, que realmente existe, não é exclusivo dos direitos sociais, mas é algo com que têm de viver todos os direitos fundamentais, incluindo os tradicionais direitos de liberdade. Também os direitos de liberdade, os direitos negativos clássicos, têm custos significativos e aí residiria, então, o essencial da argumentação contra a pretensa especificidade de uma reserva financeira afetando exclusivamente os direitos sociais.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.*, p.93).

reconhecimento das distinções de classes ou categorias de pessoas e aspectos correlatos, baliza imprescindível à determinação da igualdade²⁹⁸.

O rol de argumentos contrários à fundamentalidade dos direitos em foco, realmente, não impressiona, e, ao contrário, faz denotar a conotação puramente ideológica de sua elaboração, nessa tensão permanente entre liberalismo e comunitarismo, tão própria desta época.

No que concerne à *estrutura dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais*, importa salientar que se trata de direitos a prestações estatais – embora nem todos os direitos desse gênero sejam dessa categoria –, valendo notar que concernem tanto à possibilidade de serem positivas quanto negativas, a depender da hipótese em particular.

Nestes passos, vê-se na doutrina o preciso esclarecimentos a respeito, nos termos seguintes: “*Em suma, os direitos econômicos, culturais e sociais também podem ser caracterizados como um complexo de obrigações positivas e negativas por parte do Estado, mesmo que nesse caso as obrigações positivas se revistam de uma importância maior para sua identificação. Assim, por exemplo, Contreras Pelaez, enfrentando a dificuldade de distinção entre ambos os tipos de direitos, afirma que para os direitos sociais, ao revés, a prestação estatal verdadeiramente representa a substância, o núcleo, o conteúdo essencial do direito; em casos como o direito à assistência sanitária ou à educação gratuita, a intervenção estatal tem lugar em todas e cada uma das vezes em que o direito seja exercitado; a inexistência de prestação estatal supõe automaticamente a denegação do direito.*”²⁹⁹

Essa forma de encarar os direitos em tela, realmente, soa inquestionável, mesmo porque se é verdade que se cuidam de hipóteses nas quais o Estado se compromete à uma

²⁹⁸Interessante, a propósito, a observação de que não apenas os direitos econômicos, culturais e sociais pecariam pela ausência de universalização, pois há quem diga, e não sem razão, que o mesmo ocorre objetivamente com os direitos fundamentais clássicos. Ora, se propriedade é um direito a ser universalizado, como justificar os que não são titulares de situação proprietária? No plano da argumentação, por óbvio, não há o que infirme a validade dessa crítica à objeção normalmente suscitada em termos de direitos sociais (cf. HIERRO, Liborio L. *Los Derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy* – Robert Alexy, *derechos sociales e ponderación*. Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 174)

²⁹⁹ABRAMOVICH, Victor E COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Ed. Trotta, p.25. Tradução livre do espanhol

intervenção prestacional positiva, nem sempre - como já se adiantou - assim será, pois forçoso admitir seu encargo de abstenção frente a iniciativas que possam, exemplificativamente, perturbar, obstruir ou promover o retrocesso em relação a direito à saúde, educação, assistência social ou outro do gênero³⁰⁰.

2.2.- Destinatários e Titulares dos Direitos Sociais.

Sendo indiscutível a fundamentalidade dos direitos sociais, sua dimensão objetiva impõe, até por reflexo natural, as projeções correspondentes no plano da responsabilidade, tanto na perspectiva vertical como na horizontal, tal como assentado na orientação doutrinária majoritária, de maneira a restarem obrigados por eles tanto os poderes e órgãos públicos como particulares.

Essa asserção, com efeito, é produto também do quanto circula como entendimento corrente no plano doutrinário, onde, por exemplo se colhe escólio significativo de seguinte teor: *“Quanto aos destinatários, não se questiona que os direitos sociais vinculam e obrigam os órgãos estatais, no sentido de uma vinculação isenta de lacunas, que, de resto, como já salientado no item próprio da parte geral dos direitos fundamentais, se verifica no caso de todos os direitos fundamentais, ainda que existam variações quanto a aspectos específicos e no que concerne a peculiaridades da função legislativa, judiciária e executiva, o que aqui não será objeto de desenvolvimento.”*³⁰¹

Dessa maneira, se diversas são, como consabido, as estratégias de positivação dos direitos sociais³⁰², unificam-se as responsabilidades pela geração de políticas sociais

³⁰⁰“Do mesmo modo, se os direitos sociais são, com efeito, direitos positivos, de prestação, isto não obsta que possam comportar também deveres negativos, de abstenção. Assim, o direito a uma moradia digna consiste não só no direito de acessar uma unidade habitacional em projetos públicos, mas também no direito de não ser desalojado de maneira arbitrária ou objeto de cláusulas arbitrárias em contratos de aquisição. O direito à saúde, igualmente, não pode reduzir-se à entrega estatal de medicamentos gratuitos ou a baixo custo, já que inclui, também, deveres negativos, o de não contaminação ou de não comercialização de produtos em mau estado.” (PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Ed. Trotta, p. 61 Tradução livre do espanhol)

³⁰¹SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p.554.

³⁰²QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Coimbra Editora, p. 64

concretamente voltadas à sua implementação, concernentes aos poderes e órgãos públicos de modo irrefutável³⁰³.

Neste ponto, aliás, sedimentou-se a visão de que as expectativas legítimas que se abrem a partir da constitucionalização dos direitos sociais dizem respeito à imposição ao Estado de deveres concernentes à manutenção, proteção, garantia e à promoção desses direitos em caráter permanente e efetivo – já por seu compromisso com a democracia social -, ainda que em modo progressivo, sobretudo quando se trate de ente organizado politicamente sob as vestes do Estado Constitucional e Democrático de Direito³⁰⁴, de duplicadas responsabilidades nesse terreno.

Desse ponto de vista, os deveres dos quais o Estado deve se desincumbir em termos de efetivação dos direitos sociais, assim como dos demais, em diversos níveis de atuação, em consonância com o quanto se lobriga em sede doutrinária.

Vale consignar, nesse aspecto, dada sua relevância, as seguintes ponderações: “*Em concordância com o que foi dito, autores como Fried van Hoof ou Asbjorn Eide propõem um esquema interpretativo consistente na definição de níveis de obrigação estatal, que caracterizam o complexo que identifica cada direito, independentemente de sua vinculação ao conjunto dos direitos civis e políticos ou ao dos direitos econômicos, culturais e sociais. De acordo com a proposta de van Hoof, por exemplo, poderiam distinguir-se quatro níveis de obrigações: obrigações de respeitar, obrigações de proteger, obrigações de garantir e obrigações de promover o direito em questão.*”³⁰⁵

³⁰³QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Coimbra Editora, p. 63-64.

³⁰⁴Vale lembrar, o Estado Constitucional e Democrático de Direito se volta à plenificação do acesso aos bens sociais fundamentais, provindo daí seu compromisso essencial nesse aspecto. Aliás, ilustra bem essa visão o seguinte esclarecimento doutrinário: “A exigência de que o Estado de Direito faça supor a realização material das aspirações e necessidades reais da sociedade, unida ao desencanto produzido pela persistência e aparição de fenômenos claramente contrários a esse objetivo no Estado Social de Direito (centralismo de Estado, marcadas desigualdades sociais e econômicas, sociedades multinacionais e grandes monopólios típicos do neocapitalismo, manipulação da opinião pública através dos meios de comunicação de massa) motivaram o esforço doutrinário realizado pelo setor mais progressista do *Grundgesetz*, tendente a potencializar a virtualidade do princípio democrático no seio do Estado Social de Direito. Essas posturas teóricas não postulavam a conformação de um Estado democrático em lugar do Estado de Direito, mas sim insistiam na íntima e indispensável conexão dos princípios social e democrático com o Estado de Direito...” (LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Ed. Tecnos, p. 231)

³⁰⁵ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christiam. *Op. Cit.*, p.29.

Segundo essa maneira de ver, a obrigação de *respeitar os direitos fundamentais – no caso os sociais* –significa o dever de abstenção, o encargo que cumpre aos poderes e órgãos públicos de não agirem no sentido de obstruir o acesso legítimo dos titulares ao bem fundamental garantido pelo direito em questão.

Claramente essa hipótese, no tocante aos direitos fundamentais sociais, também representa um dever de não impedir o acesso individual ao direito social, removendo os respectivos obstáculos para isso quando o caso³⁰⁶.

No correspondente ao dever de proteção, compete ao Estado agir para impedir que terceiros obstruam a fruição dos benefícios do direito social de alguma maneira, situação diferente daquela atinente ao dever de garantia, que impõe o encargo de facilitar o acesso aos bens fundamentais correspondentes ao direito em foco, notadamente na hipótese em que os titulares da posição jurídica não possam fazê-lo por si³⁰⁷.

Finalmente, no tocante do *dever de promoção dos direitos fundamentais sociais*, ao Estado cumpre desenvolver condições para o acesso amplo e efetivo aos bens fundamentais que a eles digam respeito, ou ainda: “*O Estado deixa de ser visto como agente neutro, separado da sociedade civil, que apenas respeita e garante a segurança das livres trocas individuais e do livre encontro de autonomias individuais, para passar a ser visto como Estado social – reflectindo nesse conceito o movimento dúplice de socialização do Estado e de estadualização da sociedade que, a nosso ver, caracteriza a idéia de Estado social –, um Estado preocupado com desigualdades de facto que distorciam e anulavam as condições do livre desenvolvimento das autonomias individuais, empenhados activamente na prossecução de uma liberdade e de uma igualdade reais.*”³⁰⁸”

³⁰⁶“Também relativamente aos direitos sociais, o Estado tem a obrigação de respeitar o acesso individual aos bens protegidos, uma obrigação de não interferir com esse acesso, de não o afectar negativamente, de se abster de interferir nas possibilidades e capacidade de acesso que o particular, por si próprio, ou integrado em instituições ou associações de que faz parte, autonomamente alcançou ou poderia alcançar se não existissem impedimentos jurídicos relativamente aos quais o Estado passa ter o dever de remoção.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.*, p.259)

³⁰⁷ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christiam. *Op. Cit.*, p.29.

³⁰⁸NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.*, p.261-262.

É nesse nível que a obrigação estatal se converte em uma obrigação de prestação, na maior parte dos casos positiva, impondo-lhe, destarte, o dever de implementar políticas sociais aptas ao atendimento eficaz ao direito fundamental em questão.

Superadas as questões acerca dos destinatários dos direitos sociais, cumpre voltar os olhos para seus *titulares*, vistos como sujeitos individuais, titulares, assim, de direitos subjetivos.

Essa visão é cuidadosamente fundamentada em sede doutrinária, em termos seguintes: *“Ainda no que diz com a titularidade, importa frisar que os direitos sociais não se confundem com a figura dos direitos coletivos, pelo menos não podem ser identificados apenas com a figura dos direitos coletivos. A partir justamente da dimensão sempre em primeira linha individual da dignidade da pessoa humana e do próprio mínimo existencial, os direitos sociais têm por titular a pessoa individual, o que, todavia, não afastar uma dimensão transindividual, conforme, aliás, também tem sido destacado em diversas decisões do STF, especialmente, mas não exclusivamente no caso do direito à saúde.”*³⁰⁹

A vingar essa opinião, como o atributo da dignidade humana seria estritamente pessoal, e a garantia do mínimo existencial se refere exclusivamente ao indivíduo, não haveria argumento técnico capaz de justificar seu virtual caráter coletivo.

Pode-se opor resistência ao argumento, todavia, à medida que os direitos sociais tomam em linha de conta um grupo indeterminado de pessoas, caracterizado pelo déficit de inclusividade, vindo exatamente em seu socorro, como garantia de igualdade substancial.

E levando em consideração esse dado, soa mais prudente, de fato, salientar que não se trata de direitos a serem taxados como exclusivamente individuais ou subjetivos, já por serem, igualmente, coletivos, nos moldes da orientação doutrinária acima referida,

³⁰⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p.554

2.3.- *Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais*

Se não fosse constatável à luz dos textos constitucionais e das convenções internacionais sobre a matéria, seria presumível que direitos constituídos por reflexões teóricas de notória complexidade, com tão sutis objetivos, tivessem diretivas lavradas em termos atravessados naturalmente por alguma inconsistência ou ductilidade, de modo a permanecerem sob rigorosa desconfiança no plano de sua eficácia ou efetividade.

Ainda que não por isso, direitos exigíveis por intermédio de uma atividade dos poderes públicos e seus organismos, submetidos correntemente à *ditadura dos cofres vazios*³¹⁰, à indolência de Legislativos sem pauta própria, à contra-força das maiorias ocasionais que se guiam por cosmovisão estritamente liberal ou neoliberal, haveriam de padecer uma instabilidade eficaz como mera decorrência desse quadro.

Nessa linha de consideração, compreende-se a intensidade da controvérsia em torno da eficácia e justiciabilidade³¹¹ dos denominados direitos fundamentais sociais, variando as opiniões a respeito a partir de critérios os mais diversificados, pondo-se a discussão em níveis vinculados à identidade ou não de regime jurídico com os direitos fundamentais clássicos, à natureza das normas que os perfilam, às estratégias de posituação, aos limites e restrições inerentes à sua condição etc.

Inicialmente, apreende-se o predomínio de um entendimento pela recusa de acolhimento à posição doutrinária segundo a qual as normas que abrigam diretrizes concernentes a direitos sociais seriam meramente programáticas, de tal modo a estabelecer apenas uma vinculação tênue para o Estado, ou, em outros termos, que seriam apenas diretrizes de caráter objetivo a impor deveres estatais, dos quais, todavia, não se extrairiam direitos quaisquer passíveis de judicialização.

³¹⁰CANOTILHO, J.J. Gomes. *Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática atual dos direitos econômicos, culturais e sociais – Estudos sobre direitos fundamentais*. Ed. RT/Coimbra Editora, p.109.

³¹¹Em sentido rigorosamente processual, possibilidade de adjudicação judicial do direito social. (cf. WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional de políticas públicas, mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis – O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Ed. Gem-Forense, p.216)

Fossem vitoriosas essas opiniões, comumente rechaçadas, a previsão constitucional em si teria paupérrimo vigor jurídico, tornando proibidas as pretensões diretas aos direitos sociais³¹². Aliás, tampouco seria o caso de reconhecer como direitos ou direitos fundamentais sem a respectiva legislação, por dizerem respeito a bens vitais não preexistentes, e, assim, dependentes de certas circunstâncias ou potencialidades do Estado sob avaliação exclusiva – competência – do Executivo e Legislativo³¹³.

Nesta ordem de idéias, o mais aceitável, realmente, é a eficácia direta das diretivas constitucionais sobre direitos dessa natureza, até por ser essencial à concepção do Estado Constitucional Social e Democrático de Direito a vinculação dos poderes públicos às suas predeterminações, independentemente, inclusive, de interposição legislativa.

Esse ponto de vista indica precisamente uma identidade de regime jurídico-constitucional em relação aos denominados direitos fundamentais clássicos – de liberdade –, pois como se vislumbra em doudas opiniões técnicas: *“A primeira coisa que é preciso rechaçar, como nota Perez Luño, é a afirmação de que enquanto os direitos de liberdade se beneficiam da tutela constitucional diretamente, os direitos sociais não podem ser objeto imediato de tal tutela, pois se a Constituição pode formular positivamente os direitos sociais, podem também tutela-los em igual medida que os demais direitos por ela proclamados. Daí que é preciso repensar também a doutrina das normas constitucionais programáticas, em termos que aqui não Podemos mais que sugerir, buscando responder à pergunta feita por Canotilho: como pode (se é que pode) uma Constituição servir de fundamento normativo para o alargamento das tarefas estatais e para a incorporação de*

³¹²“Os direitos fundamentais, na condição de diretriz e encargo de ação estatal, cobram seu significado essencial em relação ao Estado prestacional. Certamente só podem vincular o poder estatal como princípios objetivos; não podem guarnecer qualquer pretensão de cidadãos que justifique uma intervenção estatal. Contudo, nos últimos tempos tem se discutido em detalhes na República Federal se os direitos fundamentais apresentam eficácia bastante para o reconhecimento de um correspondente direito subjetivo de particular sobre determinada atuação do Estado.” (HESSE, Konrad. *El significado de los derechos fundamentales – Escritos de derecho constitucional*. Tradução Pedro Cruz Villalón e Miguel Azpitarte Sanchez, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Tradução livre do espanhol)

³¹³“De tudo isto deriva uma precisa consequência: no quadro de um ordenamento constitucional de um Estado democrático de direito, que não pretende transformar o juiz também em legislador, os direitos sociais fundamentais não podem, por si, fundarem pretensões imediatas, dedutíveis na esfera judicial por parte dos cidadãos; faz parte de sua peculiaridade o fato de que esses direitos, no terreno constitucional, não representam ainda um direito imediato (para os cidadãos) sem uma prévia elaboração legislativa.” (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, costituzione, democrazia*. Ed. Giuffrè, p. 199. Traduzido para o italiano por Michele Nicoletti e Omar Brino e com tradução livre do italiano para o português.)

*fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica?*³¹⁴”

Por oportuno, ademais, sublinha-se que mesmo em solo europeu, no qual países como Alemanha e Espanha têm textos constitucionais com referências bastante genéricas em relação aos direitos fundamentais sociais, nota-se hoje, a despeito de uma certa resistência de setores doutrinários à eficácia constitucional direta, um paradoxo bastante expressivo, já porque essa ortodoxia no tocante à exigência de interposição legislativa não se dá quando se cogita de direitos de igual natureza previstos nas convenções internacionais com as quais se obrigaram.³¹⁵

De qualquer maneira, mesmo em solo europeu se tem visto uma evolução do pensamento doutrinário, no sentido da admissão da plena eficácia dos direitos sociais a partir das referências constitucionais, de tal modo a se poder dizer que de uma maneira geral a requisição de interposição legislativa guarda limites, pois omissões dos poderes políticos encarregados não podem ser toleradas, uma vez assegurada a fundamentalidade desses direitos, especialmente quando em decorrência se desate um risco insinuante de vulneração ao seu núcleo essencial³¹⁶.

Dessa maneira, extrai-se dessas posições que haveria uma incongruência inexplicável caso se tomasse por adequada a convicção sobre a existência de previsão de encargos

³¹⁴SILVA, José Afonso. *Poder constituinte e poder popular*. Ed. Malheiros, p. 200. Em igual sentido: SARLET, Ingo Wolfgang, *op. Cit.*; KRELL, Andreas, *op. Cit.*; ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christiam, *op. cit.*; CANOTILHO, J.J. Gomes, *op. cit.*; ALEXU, Robert, *op. cit.*; por todos os demais.

³¹⁵É de Canotilho a observação original: “Quem estiver minimamente atento aos recentes desenvolvimentos das relações entre o constitucionalismo global e constitucionalismo nacional não poderá deixar de ficar intrigado com o duplo discurso das nações em torno dos direitos econômicos, sociais e culturais. Um número significativo de Estados tem aderido aos grandes tratados internacionais sobre direitos econômicos, sociais e culturais (Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Culturais e Sociais, Carta Social Européia) parecendo haver uma progressiva *communis opinio* internacional sobre a bondade jurídico-material desses direitos. (...) Eis o primeiro paradoxo: bondade fora das fronteiras, maldade dentro das fronteiras constitucionais internas.” (*Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos econômicos, culturais e sociais – Estudos sobre direitos fundamentais*, *op. Cit.*, p. 103)

³¹⁶“De maneira paralela à distinção entre conteúdo constitucionalmente protegido dos direitos e conteúdo subordinado à configuração legislativa, transcorreria a distinção entre dimensão objetiva e subjetiva dos mesmos. Assim, em todos os direitos civis, políticos e sociais, poder-se-ia reconhecer uma dimensão objetiva que os converte em mandatos ou princípios dirigidos ao legislador, junto a uma dimensão subjetiva que faz deles pretensões subjetivas exigíveis, diretamente, ou por conexão com outros, perante os tribunais. Mesmo que a distinção entre princípios objetivos e direitos subjetivos se apresente como um reflexo a mais da diferenciação entre direitos sociais e direitos civis e políticos, o certo é que ambas as categorias podem assumir essa estrutura.” (PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Ed. Trotta, p.103, com tradução livre para o português)

estatais no seio da Norma Fundamental, sem que disso derivasse qualquer vinculação dos poderes públicos constituídos, tanto mais quando se sabe dizerem respeito à garantia de igualdade material em prol da cidadania, núcleo essencial e finalidade inderrogável do Estado Democrático de Direito, ainda comprometido com a inclusão social³¹⁷.

De se lembrar, ainda, que mesmo em se acolhendo a fragilização do Estado na atualidade, notadamente se no figurino do Estado Social³¹⁸ - especialmente ante o deslocamento ou internacionalização do Direito etc. -, seria impróprio cogitar de sua absoluta perda de capacidade regulatória, já que, bem ao contrário, as diretivas constitucionais ainda regem e moldam a realidade social em certa medida. Neste ponto, por sinal, vale o testemunho indispensável da doutrina: *“A liberdade igual é interpretadas nesse contexto como a igual possibilidade de inclusão em um sistema social diferenciado. A realização deste princípio de igualdade de inclusão continua a colocar o nó górdio da socialidade: a inclusividade pressupõe justiça quanto às possibilidades iguais de acesso. Como garantir essa justiça? A resposta para muitos (nos quais nos incluímos) é a reinvenção do Estado Social.(...)Mesmo que este Estado Social não seja mais hoje do que um simples pendant funcional de relações subjetivas interpessoais, ele continua a ter a indeclinável tarefa da inclusão social politicamente ponderada.”*³¹⁹,

Nesse pensamento, calha observar, toma corpo a qualificação dos direitos sociais, face à sua inegável fundamentalidade, não somente como *garantias institucionais*³²⁰ de

³¹⁷“Dada a heterogeneidade das normas de direitos sociais (aspecto, aliás, comum aos direitos fundamentais em geral), resulta ainda mais evidente a necessidade de considerar tal diversidade, especialmente quando da aplicação, aos direitos sociais, notadamente quando compreendidos na sua dimensão positiva, como direitos subjetivos a prestações estatais, da noção de que as normas de direitos fundamentais são – de acordo com a terminologia mais difundida no Brasil -, normas de eficácia plena, no sentido de que por mais relevante que seja o papel do legislador infraconstitucional (o que no caso dos direitos fundamentais sociais há de ser ainda mais enfatizado), não se poderá deixar a decisão sobre o conteúdo dos direitos sociais na esfera plena e ilimitada do legislador.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op cit.*,p.558)

³¹⁸CANOTILHO, J.J. Gomes. *O direito constitucional como ciência de direção – O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da constituição social) – Direitos fundamentais sociais*. Ed. Saraiva, Coordenação J.J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves e Érica Paula Barcha Correia, p.11.

³¹⁹*idem*, p.21

³²⁰“Foi essa teoria basicamente formulada pelos juristas da República de Weimar. Teve por idéia comum e fundamental, segundo Klaus Stern, o reconhecimento de que determinadas instituições jurídicas devem ser resguardadas de uma supressão ou ofensa ao seu conteúdo essencial ou esfera medular por parte do Estado, sobretudo do legislador. Citando Gross, assevera Stern que se trata de uma garantia munida de qualidade

cunho constitucional, mas também, e muito particularmente, como *trunfos contra a maioria ocasional*³²¹, que, desse modo, justifica amplamente a alternativa de sua exigibilidade direta.

À vista disso, forma-se um amplo consenso no sentido dessa eficácia das normas constitucionais³²² e convencionais cujo conteúdo expressem direitos fundamentais sociais, o que se pode medir pelas seguintes considerações: “*Considerada a historicidade dos direitos humanos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade desses direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia de direitos civis e políticos é condição para observância dos direitos econômicos, culturais e sociais e vice-versa.*”³²³

Naturalmente, à medida que se *assegura a eficácia dos direitos sociais*, e em se considerando que o Estado Constitucional subordina os poderes públicos a uma *atividade conforme a Constituição*, vista como núcleo dos valores e princípios jurídico-políticos reitores – para não dizer dirigentes – das escolhas e deliberações públicas, será inevitável o

jurídico-constitucional específica, garantia contra o Estado e não através do Estado.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Ed. Malheiros, p.541)

³²¹ “Temos defendido, no seguimento de Dworkin, a idéia de que o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais em Estado de Direito lhes confere uma natureza de trunfos contra a maioria, ou seja, a idéia de que em Estado constitucional, a posição jurídica individual protegida jusfundamentalmente goza de uma situação de primazia face aos poderes constituídos, incluída a maioria que governa democraticamente. Em Estado de Direito constitucional, o argumento da maioria é inapto para quebrar a força jurídica de um direito fundamental; se estiver apoiada apenas no argumento democrático, na vontade maioritariamente expressa ou na adesão maioritária, a decisão política maioritária não prevalece sobre a posição jurídica individual garantida por um direito fundamental.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Coimbra Editora, p.319)

³²²cf. SANCHEZ, Miguel Revenga. *Los derechos sociales (Instrumentos de garantia en la constitución española) – Eficácia dos Direitos Sociais, I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil, Espanha, Itália*. Ed. Quartier Latin, p.43, Coordenação Fernando Facury Scaff, Roberto Romboli e Miguel Revenga.; cf. ainda: CARETTI, Paolo. *I diritti sociale nella costituzione italiana e gli strumenti di garantia*. *Idem*, p.54

³²³PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos direitos sociais: desafios do sistema global, regional e sul-americano – Temas de direitos humanos*. Ed. Saraiva, p.124.

desempenho de um papel fundamental por parte do Judiciário, tanto quanto, no limite, a judicialização da política, como fator inexorável sob as diretrizes do Estado Social.

Aliás, se no bojo dos intermináveis debates a respeito do assunto se oculta a imputação de insuficiência instrumental dos paradigmas jurídicos para a resolução de conflitos de cariz estritamente político³²⁴, o que consistiria no pecado capital da judicialização das crises de efetividade dos direitos dessa natureza, parece oportuno lembrar, inicialmente, a peculiaridade dessa atividade jurisdicional, de cunho distributivo ou prospectivo, cuja realização se materializa no intuito de dar vida às decisões de matriz política enraizadas no Texto Constitucional, e, assim, sob expressa autorização para busca de soluções estribadas em critérios mais flexíveis, ou de justiça social, malgrado sem excessos ou arroubos apenas moralmente sustentáveis.

Se, então, a inconsistência, ou a baixa densidade normativa, das disposições acerca dos direitos fundamentais culturais, sociais e econômicos podem significar, realmente, algum obstáculo para a concretização das diretivas constitucionais a respeito³²⁵, o que tornaria a deliberação judicial uma intervenção de cunho político, responde-se a isso com o aforismo já bem lembrado alhures, no sentido de que em certas circunstâncias, ou quase sempre, o direito é, afinal - e também - política, no sentido de expressar a prévia decisão com esse sentido estampada na constelação de princípios, regras e demais diretrizes funcionais compositivas de certa ordem jurídica, a despeito dos virtuais - e razoáveis - questionamentos a respeito³²⁶.

Acatável, pois, a judicialização da política nesse aspecto, ou seja, no quanto respeita à concretização das diretivas constitucionais típicas do Estado Constitucional, sem se deslembrar de que há um novo concerto em relação à clássica tripartição de poderes, sobretudo porque sob a ótica do Estado Constitucional Social e Democrático de Direito, a

³²⁴ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Ed. Malheiros, Tradução Virgílio Afonso da Silva, p.507.

³²⁵*idem*, p.508.

³²⁶“Law is politics, Law is economics. Poder-se-ia dizer também que os direitos fundamentais – pelo menos a categoria dos direitos culturais, econômicos e sociais -, não são verdadeiros direitos,, mas apenas política ou economia. A consagração acoplada de direitos sociais e de políticas públicas sociais – como acontece na Constituição portuguesa e na Constituição brasileira – pode originar sérias dificuldades no plano normativo-concretizador,” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *O tom e o dom na teoria constitucional dos direitos fundamentais – Estudos sobre direitos fundamentais*, op.cit.,p. 130)

domesticação do poder político pelo Direito, e a intensificação do controle constitucional dos atos do Executivo e Legislativo, convocam o Judiciário a uma presença institucional mais insinuante.

Nesse sentido, vale lembrar : *“O figurino tradicionalmente concebido para disputas no Judiciário é atropelado por novas demandas sociais em bloco. Basta ter presente a grande expansão das class actions e da public interest litigation nos Estados Unidos, das actions collectives na França, da Verbandsklagen na Alemanha, e , de modo mais geral, do fenômeno da tutela judicial dos interesses difusos, para dar-se conta de que profunda metamorphose teve ou está tendo lugar, não apenas no campo dos conceitos e das estruturas tradicionais do judicial process, mas igualmente no próprio papel do juiz moderno. Assim, o Judiciário passou a ser, para usar a expressão de Boaventura Souza Santos, um fiador da democracia e, para isso, como observou Salvio de Figueiredo Teixeira, não pode mais manter-se equidistante dos debates sociais, devendo assumir seu papel de participante dos destinos das nações, também responsável pelo bem comum, especialmente em temas como dignidade humana (...) Copartícipe, em suma, da construção de uma nova sociedade.”*³²⁷

Tudo indica, então, que eficácia e judicialização dos direitos sociais são fatores que se revelam irremovíveis do cenário de seu regime jurídico, de modo insuperável, como decorrência do próprio ambiente criado pelo Estado Constitucional, já que sobre ele paira, com efeito, um certo ato de fé na realizabilidade de uma forma convivencial republicana³²⁸ – no sentido de união comunitária em torno do bem comum – apesar da fragilização notória da capacidade dirigente da Carta, situação que converte a jurisdição constitucional em território de embates políticos inevitáveis³²⁹.

³²⁷TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro*. Ed. Saraiva, p. 26-27.

³²⁸Cf. GALUPPO, Marcelo Campos. *A constituição pode fundar uma república? – Constituição e crise política*. Ed. Del Rey, Coordenação SAMPAIO, José Adércio Leite, p. 159.

³²⁹Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania*. Ed. Livraria do Advogado, p. 91-92.

CAPÍTULO III

SEPARAÇÃO DE PODERES, JURISDIÇÃO E PROCESSO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1.988

1.- Estado Democrático de Direito e Separação de Poderes. 1.1.- Jurisdição Democrática e Democracia Constitucional. 1.2.- Jurisdição, Acesso à Justiça e Judicialização da Política 2.- Direito Processual Coletivo e Processo Coletivo. 2.1.- Jurisdição Coletiva e Devido Processo Coletivo. 2.2.- Public Litigations, Ação Civil Pública e Direitos Fundamentais

1.- Estado Democrático de Direito e Separação de Poderes

À medida que o *Preâmbulo da Constituição Federal de 1988* já enuncia a fundação de um Estado Democrático, alicerçado sobre valores supremos tais como a solidariedade, a igualdade, o desenvolvimento, a justiça, como referências de uma sociedade cuja convivência deve ser pluralista, fraterna e harmoniosa³³⁰, afastam-se quaisquer dúvidas sobre se ter arquitetado a organização política sob o figurino específico do *Estado Constitucional Social e Democrático de Direito*³³¹.

Reforçam esse entendimento, naturalmente, as diretrizes lançadas no dispositivo do *art. 1º da Constituição Federal*³³², que ditam as bases da República, não somente pela

³³⁰“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

³³¹“Em boa hora que a Constituição acolheu estes dois princípios: o Democrático e o Estado de Direito. Pois, como visto, o princípio republicano por si só não se tem demonstrado capaz de resguardar a soberania popular, a submissão do administrador à soberania da lei, em resumo, não tem conseguido preservar o princípio democrático, nem o do Estado de Direito. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. Ed. Malheiros, p.224)

³³²“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I- a soberania;

II- a cidadania;

III- a dignidade da pessoa humana;

referência à dignidade humana, à cidadania ou, ainda, ao poder popular como fonte de legitimação do poder político, mas pela alusão expressa, em seu *caput* ao modelo de Estado de Direito a partir de então concebido.

Nessa perspectiva, a refundação do Estado brasileiro pela Assembléia Constituinte teve objetivo claro de comprometê-lo definitivamente com o desenvolvimento econômico e social da nação sob o signo de uma isonomia substancial, além de atribuir a esse objetivo a primazia frente aos demais arrolados no corpo do Texto³³³.

Indiscutível, a propósito, esse sentimento do Constituinte, mesmo porque o teor antropocêntrico dos preceitos dos quais lançou mão é evidenciado por fórmulas objetivas e transparentes, sem oferecer margem qualquer a incerteza, tanto mais ante a complementariedade exercida pelo *art. 3º da C.F.*³³⁴, em que os apelos à *solidariedade, justiça, liberdade, erradicação da pobreza e bem comum* se explicitam como notas agudas de uma pretensão inescandível³³⁵.

A disciplina jurídico-política empreendida pelo labor dos que se desincumbiram da missão de legar à nação uma Constituição adequada às suas legítimas pretensões não oculta o fomento de um constitucionalismo de perfil singular sob a ótica filosófica, já que,

IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V- o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

333“É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista, para configurar um estado promotor de justiça social que o monismo e o personalismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo não foram capazes de construir.” (SILVA, José Afonso. *Direito constitucional positivo*. Ed. Malheiros, p. 120).

334“Constituem objetivos 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, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

335“Transmutado em social, o Estado de Direito acrescenta à juridicidade liberal um conteúdo social, conectando aquela restrição à atividade estatal a prestações implementadas pelo Estado. A lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Em ambas as situações, todavia, o fim ultimado é a adaptação à ordem estabelecida. Quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade, e, assim, não lhe basta limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referencia a pretensão à transformação do *status quo*. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, não estando mais atrelada, inelutavelmente, à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das relações sociais.” (STRECK, Lênio e MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Ed. Livraria do Advogado, p. 94)

realmente, como se disse alhures, tudo se concebeu em estrita obediência às diretrizes do *pensamento comunitarista*³³⁶.

Vale dizer, sob as dobras de um entendimento notabilizado pela recusa ao individualismo liberal burguês, ou clássico, teve lugar na consciência geral dos representantes do povo a opção por uma via colateral, segundo a qual, sem desprezo ao sujeito, ao indivíduo em si, lhe outorga o valor devido mas sem desconsiderar seu entorno social, por assim dizer, sem o qual – e em última análise – sua própria individualidade não faria sentido.

Realmente, a Carta foi concebida sob o influxo dessa acepção, absorvendo do *constitucionalismo comunitário ou societário*³³⁷ seus elementos essenciais, assim esclarecidos pela doutrina: “*Os representantes do constitucionalismo comunitário se contrapõem, portanto, à idéia de que a tarefa primordial da constituição é a defesa da autonomia dos indivíduos (e da sociedade) contra um poder público inimigo, através da criação de um sistema fechado de garantias da vida privada. Não há como, contemporaneamente, defender, segundo esses autores, uma tal concepção, uma vez que os direitos fundamentais possuem hoje uma dimensão objetiva em função da integração dos indivíduos no processo político comunitário e da ampliação do chamado espaço público. Ao sistema fechado de garantias da autonomia privada, eles opõe a idéia de constituição aberta, que enfatiza os valores do ambiente sociocultural da comunidade. As constituições dos Estados democráticos, pela via da abertura constitucional, se abrem a outros conteúdos, tanto normativos (direito comunitária), como extranormativos (usos e costumes) e metanormativos (valores e postulados morais). O constitucionalismo comunitária, calcado no binômio dignidade humana – solidariedade social, ultrapassa segundo seus representantes, a concepção de direitos subjetivos, para dar lugar às*

³³⁶“O liberalismo contemporâneo é objeto de duras críticas no debate filosófico. O mais influente grupo de críticas é proposto pelos chamados *comunitaristas*. De acordo com os comunitaristas, o liberalismo veria no indivíduo um ser desenraizado (*unencumbered self*), por desprezar o fato de que as pessoas já nascem no interior de comunidades que estão impregnadas de valores e sentido comuns compartilhados, e são socializadas nesse contexto, nele forjando suas identidades. Por isso – dizem os comunitaristas – as cosmovisões e os planos de vida não estão à disposição das pessoas, que *não são meros consumidores em um mercado de idéias*, mas seres engajados em contextos culturais específicos, que partilham valores, objetivos, interesses, afetos com seus concidadãos.” (SOUZA NETO, Claudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. Ed. Forum, p.211)

³³⁷CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. Ed. Gen-Forense, p. 21.

*liberdades positivas. Uma visão comunitária da liberdade positiva limita e condiciona em prol do coletivo a esfera da autonomia individual.*³³⁸”

Nessa linha de consideração, o molde destinado a referenciar a institucionalização do pacto político nacional há de ser o da *socialidade*, que reconhece o cidadão não apenas sob a ótica de seus interesses, mas também – para não dizer fundamentalmente – sob o ângulo dos interesses sociais transcendentais e consideráveis em qualquer circunstância.

O foco das disposições que desde os primeiros dispositivos constitucionais já vão modelando o Estado Democrático de Direito brasileiro é a consolidação de propósitos a serem alcançados mediante a conformação jurídica das relações sociais e econômicas mediante preceitos garantidores da dignidade humana, e também condizentes com a idéia de socialidade, produtoras de uma sociedade de homens livres e iguais.

É nesse espírito, por sinal, que mesmo a denominada *Constituição Econômica*, livre de qualquer incoerência com as diretivas preambulares, consagra uma liberdade de iniciativa econômica condicionado por valores outros que lhe dão contornos diferenciados, notadamente por enfatizar a propriedade-função social e a livre-concorrência regulada pela proteção ao consumidor, conjugada à ênfase em relação à erradicação da pobreza e a busca ao pleno emprego, tudo como se infere do quanto dispõe o *art. 170 da C.F.*³³⁹.

³³⁸CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva – Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Ed. Lumen Juris, p.16-17.

³³⁹“Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III- função social da propriedade;

IV- livre concorrência;

V- defesa do consumidor;

VI – defesa do meio-ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação,

VII- a redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII- a busca do pleno emprego;

IX- o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país;

Parágrafo único – É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente da autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Esse *constitucionalismo comunitarista*, que cede suas diretivas para a concepção do modelo pátrio de Estado e Democrático de Direito, reforça ainda mais o caráter compromissório do pacto político consagrado pela Carta, desaguando na imposição de uma atividade estatal necessariamente planejadora e intevencionista³⁴⁰, com o fito de propiciar meios eficazes ao alcance de suas finalidades sociais, matéria de inderrogável interesse público e social³⁴¹.

No círculo destes fatores, por óbvio, soa impossível olvidar outras repercussões no arranjo institucional interno desse modelo de Estado, cuja estruturação se dá, afinal, para a superação das limitações inerentes ao Estado Social, já para melhor garantia de realizabilidade de seus propósitos de equalização social.

Em realidade, o que se quer dizer é que o modelo de Estado Democrático de Direito estabelecido na C.F./88 visa, com efeito, à legitimação das aspirações sociais³⁴², operando em função da exigibilidade de eficácia dos programas ou valores que alicerçam o Texto Constitucional, ampliando, por decorrência, o espaço da atuação do Poder Judiciário, mais solicitado à interpretação e concretização das normas e diretrizes principiológicas da constituição aberta, tanto assim, ainda, por também se dilatarem as situações de controle

³⁴⁰“Enfatizando a importância da lealdade à comunidade e do respeito às tradições, os comunitaristas combatem a idéia de neutralidade estatal em relação aos projetos de vida, afirmando que um dos papéis do Estado é exatamente o de reforçar os liames existentes na sociedade, avalizando e promovendo as concepções morais coletivamente compartilhadas. Desta forma os comunitaristas aceitam mais facilmente restrições a liberdades individuais motivadas por valores socialmente compartilhados ou por preocupações paternalistas.” (SOUZA NETO, Claudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. Ed. Forum, p.202)

³⁴¹ “Os comunitaristas reconhecem no Estado, figura indispensável não apenas às garantias liberais, mas à promoção do bem-estar através de ações afirmativas, como estrutura deliberativa complexa que deve estar permeável às demandas da comunidade. (...) Neste passo é de se alertar, para evitar confusão, que não se trata da reedição de uma visão estatista, coletivista ou meramente intervencionista. O *welfare* buscado pelos comunitaristas em nada se coaduna com utilitarismos de qualquer sorte. Esta doutrina, ainda que atualizada pela sofisticação de teoremas como o de Pareto, submerge o indivíduo no mar de preferências que maximizam o bem-estar coletivo. A coletividade é vista como um ente, como uma comunidade a ser satisfeita. O ponto superior de Pareto é obtido quando se aprimora a situação de uma pessoa sem que se prejudique a outra.” (SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. *A crítica comunitarista ao liberalismo – Teoria dos direitos fundamentais*, Ed. Renovar, p.220-221, Organizador : Ricardo Lobo Torres)

³⁴²FERRAZ, Tercio Sampaio. *Modelo de estado e estado democrático de direito na Constituição – Direito constitucional*. Ed. Manole, p. 444.

sobre a atuação dos demais poderes em termos de conformidade de seus atos com o pacto político³⁴³.

Neste ponto, vale anotar, o que se revela crucial é o reconhecimento de que ao modelar o Estado Democrático de Direito, o Texto Constitucional confirma igualmente a urgência em se reeditar a teoria da *separação de poderes*, já porque a dinâmica de sua atuação - por sua vez decorrente de seus mais largos compromissos com mudança social - impinge urgências de um modo protagonista de ser, o que faz natural, inclusive, um reposicionamento do Executivo e particularmente do Judiciário.

De se lembrar, aliás, que a formulação tradicional da distribuição de funções entre os poderes, já desenhada como tal desde Aristóteles, teve em Montesquieu um mérito particular de se pôr a serviço do cidadão frente ao Estado³⁴⁴, firmando-se como uma garantia democrática, pois, segundo se infere de boa interpretação do objetivo político por seu intermédio perseguido: *“Uma segunda lição – esta de índole política – vem logo a seguir. Esta é de natureza política. Trata-se do valor da separação entre os Poderes que se desencumbem das funções que distingue. Tal valor está em que tal separação é fonte de liberdade política, que, para o cidadão, é aquela tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem de sua segurança. Ora, para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não tenha porque temer outro cidadão. Isso se obtém por meio da separação, o que demonstra por hipóteses encaradas a contrário. Assim, aponta que a atribuição de legislar e de executar ao mesmo órgão enseja que sejam feitas leis tirânicas, para serem executadas tiranicamente. Da mesma forma,*

³⁴³“Na Constituição de 1988, as tarefas que são postas ao Estado, o que não só leva à multiplicação das normas, mas também à sua modificação estrutural, põem a descoberto suas limitações. Exige-se do Estado a responsabilidade pela transformação social adequada da sociedade, ou seja, colocam-se para ele outras fontes que não se casam plenamente com a função de bloqueio dos velhos modelos constitucionais. (...) A estrutura programaticamente exigida pela realidade social cria uma tensão entre o Legislativo e o Executivo, a qual, por conta de uma função de legitimação atribuída ao texto constitucional, pressupõe que o Judiciário esteja autorizado a articular e a qualificar o interesse público, o interesse público coletivo, o interesse individual, posto como um objetivo pelo preceito constitucional. Essa exigência se reflete, hoje, em um sentimento de discricionariedade hermenêutica na relação entre os três poderes constitucionais, o que conduz, de um lado, a uma exacerbação no uso de medidas provisórias por parte do Executivo em face do Legislativo, e a exigência de uma verdadeira politização das decisões judiciais.” (*idem*, p.445)

³⁴⁴“O arranjo de poderes constante do Capítulo VI, do Livro XI de O Espírito das Leis, deve ser compreendido no seu respectivo contexto histórico. Isso porque ele cumpriu um propósito específico: prevenir o absolutismo, que fora derrotado nas revoluções liberais.” (AMARAL JÚNIOR, José Levy. *Sobre a organização dos poderes em Montesquieu. Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis – Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Prof. Jorge Miranda*. Ed. Gen – Forense, p.183)

*inexiste liberdade se o poder de julgar não é separado do poder legislativo e do poder executivo. Com efeito, se o poder de julgar é reunido com o poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se reunido do poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.*³⁴⁵”

Não obstante, se a teoria se origina de um anseio tipicamente liberal, como modo de preservação da liberdade negativa, a rigidez de sua estruturação acedeu a variantes políticas energizadas pela força da realidade, ocorrendo, a partir de *Madison vs. Marbury* uma indispensável flexibilização, pois já a partir daí a concepção de convivência harmonica representou uma aparência mais adequada à cotidianidade das relações entre os três poderes do que aquela relativa a uma suposta separação.

Isso prova que o princípio de que ora se trata, desde há muito vem sofrendo um processo de revisão contínua, haja vista, por primeiro, a ascensão do constitucionalismo e da democracia constitucional, que oportuniza um controle recíproco mais efetivo entre as três instâncias do poder político a partir dos preceitos inscritos nos pactos políticos, e, além disto, pela evolução das formas de governo e rearranjos institucionais indispensáveis à compatibilização dos novos modelos de Estado Constitucional.

Dessa maneira, se inexistem incertezas sobre o fato de a tripartição de poder corresponder a item essencial ao Estado de Direito, em qualquer de suas formas, o fato é que com o tempo as circunstâncias históricas foram postulando uma revisão no tocante ao seu funcionamento, notadamente no pós-guerra, quando a fisiologia de suas instituições tem de mirar a obtenção de resultados concretizadores de direitos fundamentais sociais, e com eficiência tal a tornar indispensável que cada poder também se ocupasse de missão *a priori* tocante aos demais.

Tudo isso é mencionado, frise-se, com o fito de assinalar que mesmo antes de a C.F./88 ter reelaborado o modelo de Estado, os manuais de ciência política ou de direito constitucional já vinham assinalando uma progressiva revisão – ou necessidade dela – em termos da doutrina da separação de poderes, sendo certo que no âmbito da doutrina

³⁴⁵FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios de direito constitucional*. Ed. Saraiva, p.257.

constitucionalista nacional, as críticas e protestos em prol dessa iniciativa ainda mais se acenturaram³⁴⁶.

Pode-se afirmar, como antes dito, que a Carta em vigor, à medida que institui o Estado Democrático de Direito - cuja atuação tem o modo particular já antes sublinhado – redesenhou por si a tripartição de poderes, já abrindo caminhos claros à possibilidade de cada qual deles tomar de empréstimo a possibilidade de exercer atividade inerente aos demais, já que, como bem lembrado: *“Na Constituição do Brasil, esse princípio está estampada no seu art. 2º, onde se declara que são Poderes da União – independentes e harmônicos – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, é de tamanha importância que é cláusula pétrea, imune, portanto, a emendas, reformas ou revisões que tentem aboli-lo da Lei Fundamental. (...) Nesse contexto de modernização, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperioso de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas com força de lei -, bem assim para a legislação judicial, fruto da inevitável criatividade dos juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é freqüente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas, proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.”*³⁴⁷

O que importa considerar, efetivamente, é que a C.F./88, realmente, confirmou e vem influenciando decisivamente para o redimensionamento do aforismo da separação de poderes se altere substancialmente, porque, de fato, o Estado Democrático de Direito o exige inescindivelmente.

³⁴⁶“O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. (...) Hoje o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característico do parlamentarismo, em que o Governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto no presidencialismo desenvolveram-se as técnicas de independência orgânica e harmonia entre poderes.” (SILVA, José Afonso. *Op. Cit.*, p.109) Em igual sentido: BASTOS, CELSO RIBEIRO, *OP. CIT.*; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de direito constitucional*, Ed. Saraiva, p.137; TAVARES, André Ramos, *op. cit.*, p. 1202.

³⁴⁷MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Ed. Saraiva, p.144.

Por essa razão tem sido habitual também entre estudiosos da ciência processual, e particularmente quando a examinam no enfoque da jurisdição, o posicionamento favorável à reconcepção da tripartição de poderes, sobretudo sob a ótica da tutela e proteção a direitos fundamentais, campo para o qual o Judiciário vem sendo atraído com inusitada intensidade, como se sabe³⁴⁸.

Induvidosamente, a C.F./88 criou condições, sim, para uma certa proeminência do Judiciário³⁴⁹, dando lugar ao denominado *judiciarismo* inclusive, ou seja, aquela situação na qual ele se intromete na atividade dos demais poderes com vistas a coibir improbidades, com tendência, segundo certo viés do pensamento teórico, ao exagero³⁵⁰.

Essa tendência, embora exposta a acerbos, talvez provenha, por outro lado, das circunstâncias – também nacionais – em que se forja a figura caricata do *juiz desconfiado do legislador*, tema de considerações freqüentes pela boa doutrina constitucional³⁵¹, o que enseja uma abertura para os arroubos indesejáveis.

³⁴⁸“Se no Estado Liberal o Judiciário era caracterizado pela sua neutralização política, no Estado do Bem-Estar Social a explosão de litigiosidade, marcada pela busca de efetivação dos direitos fundamentais sociais, ampliou a visibilidade social e política da magistratura. Passou a ser cobrada pela concretização dos direitos sociais. (...) Em países da modernidade tardia, como no Brasil, onde os direitos fundamentais sociais não foram minimamente concretizados, o papel do Estado como instituição capaz de promover a efetivação desses direitos, indispensáveis à transformação social, depende da observância rigorosa da Constituição. A expressiva desigualdade social, incapaz de sequer promover eficientemente os direitos fundamentais de primeira geração, exige firmeza do Poder Judiciário no cumprimento das disposições democráticas consignadas na Constituição Federal de 1.988. Nos países periféricos o Judiciário deve ser corresponsável pela afirmação dos direitos fundamentais sociais.” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Ed. RT, p.183) No mesmo sentido: CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. Ed. Saraiva, p.70.

³⁴⁹“Com efeito, pelo mundo afora registra-se essa judicialização da política, conforme comprova o número da International Political Science Review, intitulado exatamente “The judicialization of politics”. Dele é no Brasil largamente responsável a Constituição de 1988. Ela atribui ao Judiciário, ao lado de seu papel tradicional de fiscal da legalidade, um novo, o de guardião da legitimidade. Fê-lo para aprimorar o controle judicial da atuação dos demais Poderes públicos. Acarretou, porém, um efeito reflexo, perverso – reflexos imprevisos de institutos adotados como inovações positivas – exatamente o de judicializar o tratamento de questões políticas ou político-administrativas e, conseqüentemente, de dar uma dimensão política à atuação desse Poder, até então visto como neutro.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. Ed. Saraiva, p.190)

³⁵⁰SILVA, José Afonso da. *Perspectivas das formas políticas – Perspectivas do direito público*. Ed. Del Rey, p.147 – Coordenação: Carmen Lúcia Antunes Rocha.

³⁵¹TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. Ed. Saraiva, p.25-26.

1.1.- *Jurisdição Democrática e Democracia Constitucional*

Sob a perspectiva da doutrina constitucional clássica, portanto, o Poder Judiciário foi concebido com uma identidade própria, ou seja, sua opacidade política, por ser de sua índole a neutralidade no tratamento das questões a ele submetidas³⁵², cumprindo-lhe, assim, a tarefa de resguardar o sistema legal constituído pela atividade dos demais poderes³⁵³, especificamente no campo dos conflitos intersubjetivos³⁵⁴.

Essa arquitetura na distribuição de funções quanto ao exercício do poder político, concebida desde sua primitiva elaboração como um feito em prol da garantia das liberdades individuais – à medida que evita a concentração e a oportunização do abuso³⁵⁵ -, provém, como consabido, do projeto liberal histórico desenvolvido a partir da Revolução Francesa, especialmente em decorrência da desconfiança do Judiciário utilizado como

³⁵²Essa idéia, prova-o a doutrina especializada, já habitava o pensamento de Montesquieu: “Quanto ao poder judicial, já se viu que deve ficar à margem do equilíbrio entre os estamentos ou não deve ficar ligado a nenhum deles. Por isso, não só funcionalmente, mas também político-socialmente, não há de ser poder proprio sensu, há de ser invisível e nulo. Nem tem autonomia decisória em relação à lei, nem representa nenhuma potência ou fator de poder, pelo quê não tem existência política própria. O poder judicial, pois, fica fora da separação social de poderes.” (PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra Editora, p. 110)

³⁵³“Terceiro dos poderes do Estado na lição clássica, o Judiciário costuma ser considerado o menos importante deles. E o é, sem dúvida, se o encararmos sob o ponto de vista político, se o estudarmos em relação à orientação global da atividade do Estado. Sua importância, entretanto, avulta, se o olharmos sob o prisma das liberdades e direitos individuais, de que é a primeira e principal garantia.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. E. Saraiva, p.315)

³⁵⁴“O Poder Judiciário pode ser definido como o conjunto de órgãos públicos ao qual foi deferida, com exclusividade, a função jurisdicional. É que, sob a ótica da Constituição Federal, a jurisdição é monopólio do Poder Judiciário. Nesse sentido, a jurisdição é exercida diante de casos concretos, com o objetivo de aplicar a lei a um caso controvertido, mediante um processo regular, cuja decisão final produz coisa julgada, operando-se, desse modo, a substituição da vontade das partes por aquela constante da sentença.”(ARAÚJO, Luis Alberto David e NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. Ed. Saraiva, p.380)

³⁵⁵“Mas os sistemas de concentração de poderes, além de nocivos ao próprio Estado, são ainda perigosos para os cidadãos. É certo que órgãos do Estado, já encontram na noção de bem público um limite geral e abstrato de sua competência. Mas os órgãos do Estado se compõem de homens, indivíduos que, por motivo mesmo da sua natureza humana, estão sujeitos às paixões e aos erros. Daí a necessidade de que, na própria composição, no próprio funcionamento do mecanismo de poder, levantem-se barreiras e resistências contra o erro e o arbítrio. (...) Quanto à concentração das funções jurisdicionais em mãos de órgãos legislativos ou executivos, pode-se afirmar, do ponto de vista da proteção à liberdade e dos direitos individuais, que tanto aquela como estas seriam ilusórias se o órgão legislativo, como juiz, pudesse modificar, como legislador, a norma jurídica que devesse aplicar, ou o Executivo, administrando, pudesse ser juiz em causa própria, nos litígios com os administrados, tal como sucede no regime do chamado contencioso administrativo, em que órgãos administrativos são competentes para decidir, sem possibilidade de recurso para o Judiciário, litígio entre a Administração e os particulares.” (TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Ed. Forense Universitária, p. 578)

instrumento de repressão e manutenção do *status quo* da nobreza, que então por ele se responsabilizava³⁵⁶.

Logo, esse indicativo histórico, se por um lado explica a aceção clássica sobre a separação de poderes, assim como a impassibilidade norteadora de sua atuação, mostra-se, por outro, reveladora da possibilidade de caráter opressivo da sua atividade se subserviente aos desígnios totalitários de que estivessem impregnados os atos típicos dos demais poderes.

Nesta linha de consideração, a propósito, se nos albores de sua reformulação, a partir do liberalismo político, seu roteiro de atividades se sedimenta sobre o objetivo de fazer cumprir a lei, expressão da vontade geral rousseauiana, o tempo haveria de tecer a trama de uma realidade inóspita à essa abulia institucional frente à atividade dos demais poderes.

Na França, por exemplo, a percepção da factível urgência em se pôr cobro aos desmandos administrativos converteu as atividade Conseil D'Etat em órgão com *jurisdição administrativa*, pondo-lhe às mãos o encargo de vigilância sobre os desvios em relação à preservação e promoção do interesse público, fato que fala por si quanto à necessária reconfiguração daquela estrutura arquitetada em termos finais por Montesquieu.

Mas, o constitucionalismo ofereceu idêntica contribuição à reconstrução funcional da divisão de poderes, e justamente por frisar os fundamentos e escopo da atividade governamental, vinculados aos termos e preceitos do pacto político materializado no Texto Fundamental, elemento seminal do *judicial review* norte-americano, concebido a partir de *Madison vs. Marbury*, de efeito transformador na estrutura orgânica do preceito da separação de poderes³⁵⁷.

³⁵⁶Essa preocupação sobre a importância da origem social dos ocupantes do poder já se encontrava na esfera de preocupação do próprio Montesquieu, cujo pensamento a respeito foi assim descrito em obra clássica sobre a tripartição de poderes: “O povo em Montesquieu não é senão um estamento contraposto à nobreza e ao rei, que com estes deve participar do exercício do poder político, de acordo com o esquema da monarquia mista. Desde logo, nenhuma estamento pode, só por si, exercer simultaneamente a função legislativa, executiva e judicial – eis enunciado o princípio prévio e negativo de que fala Eisenman.” (PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra Editora, p. 110)

³⁵⁷“O controle de constitucionalidade difuso ou americano assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional. Esse modelo de controle de constitucionalidade desenvolveu-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte americana, especialmente no caso *Marbury vs. Madison*, de 1803. A ruptura que

Dito de outro modo, o constitucionalismo faz evoluir a idéia do *check and balances*, tornando o governo político adequado intolerante às deliberações ou escolhas políticas sem lastro ou acintosas às diretivas da Constituição, fiscalizáveis, nessa medida, pelo Judiciário de maneira mais ampla possível.

Desse modo, o caráter corretivo de sua atuação se estende à lógica da preservação e promoção da integridade do sistema jurídico, a partir da pedra de toque fundada na inquebrantável unidade do *corpus juris* representado pelo Texto Fundamental, com portas abertas ao pronunciamento da última palavra a respeito, mesmo diante de atos dos demais poderes.

Uma vez relembrada a trajetória evolutiva do Judiciário, torna-se indispensável a apreciação de sua atividade fundamental, a *jurisdição*, foco de inúmeros debates ainda hoje, não apenas porque dela depende a pacificação social e eficácia da ordem jurídica, mas também, e especialmente, pela complexidade na configuração de um conceito que lhe retrate com fidelidade.

Usualmente, vale dizer, se diz que se trata de atuação voltada à aplicação da lei ao caso concreto, ou no *jus dicere* à luz de um litígio, idéia que a reduz a uma mera produção de sentenças³⁵⁸, de onde se origina uma interminável confusão em relação às atividades do Executivo³⁵⁹, por exemplo, somente concebíveis quando supedaneadas em diretrizes legalmente formalizadas.

a judicial review americana consagra com a tradição inglesa da soberania do Parlamento, vai povocar uma mudança de paradigmas. A simplicidade da forma – reconhecimento da competência para aferir a constitucionalidade ao juiz da causa – vai ser determinante para sua adoção em diversos países do mundo.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 954) Cf., ainda: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *As especificidades e os desafios do processo constitucional – Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Ed. Del Rey, Coordenação José Adércio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz, p. 93).

³⁵⁸“A atividade jurisdicional consiste basicamente na produção de sentenças dizendo o que é justo. É a mesma origem dos termos jurisdicional, judiciário, judicial, em que está presente a raiz *jus* (*ius*)”. (CUNHA, Sérgio Sérulo. *Fundamentos de direito constitucional*. Ed. Saraiva, vol. 1, p. 307)

³⁵⁹“Na verdade, é difícil compreender como se pode sustentar que, em sua substância, seja a função jurisdicional distinta da função executiva. O único ponto que uma pode ser distinta da outra é o modo de execução da lei que obedecer o Judiciário. De fato, este aplica a lei contenciosamente, isto é, com a possibilidade rigorosamente garantida de debate entre as partes interessados no litígio.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Ed. Saraiva, p.247)

Faz-se indispensável, todavia, salientar que a doutrina processual registra um saliente e intrincada cipoal de posições no que concerne ao assunto, com posições variadas a respeito, sem que até hoje se tenha pacificado o entendimento a respeito da matéria.

Embora pareça de relativa simplicidade a afirmação de que a jurisdição acarreta ao Judiciário o dever de dizer o direito aplicável ao caso concreto³⁶⁰, a dúvida surge no quanto diz respeito ao significado exato disto, pois se há mesmo um certo acordo quanto à solução de litígios como expressão de sua finalidade, as dificuldades se encontram mesmo na forma pela qual ela atua objetivamente³⁶¹.

Nesse sentido, conhece-se, de há muito, a visão de CHIOVENDA, segundo a qual a atividade jurisdicional heterocompositiva se faz mediante *a aplicação da lei à hipótese concreta*, confluyente com a visão liberal que originariamente via na norma legislada, sobretudo nos limites exclusivos de seu texto, o elemento capaz de assegurar a contenção do Estado-Juiz, para a afirmação da liberdade negativa dos cidadãos.

Essa visão prestigia a visão dualista do sistema jurídico, afastando a possibilidade de se converter o processo em meio de produção dos direitos e obrigações, prestabelecidos de maneira autônoma pela ordem jurídica³⁶², acarretando, todavia, a questão atinente ao desgaste da idéia de lei como fonte exclusiva do Direito, o que, para além disso, poderia conduzir à incerteza sobre a relevância ou não de a solução arbitrada se encontrar em conformidade com ele³⁶³, disso se originando a ressalva a esse ponto de vista.

³⁶⁰ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. Ed. RT, p.39

³⁶¹Se dúvidas inexistem quanto a se impor ao Estado a obrigação de resolver litígios por meio do Direito, o que se põe em questão desde sempre é se isso significa fazê-lo por meio da lei, das fontes todas do sistema jurídico, considerada sua complexidade, e se, ainda, isso deve ser feito de forma ao estabelecimento de uma composição justa da lide. Cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Ed. Gen Forense, vol. 1, p.65-75.

³⁶²DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. Ed. Malheiros, vol. 1, p.136-137.

³⁶³“Nos países de direito escrito, como o nosso, a jurisdição é um instrumento da lei; o juiz resolve as questões a ele submetidas buscando no ordenamento jurídico a norma de comportamento aplicável ao caso concreto. Então, como dizia Chiovenda, o juiz transforma a norma de comportamento, que é uma norma genérica e abstrata, numa norma concreta e específica, que vai ser a lei do caso concreto. Muitos dizem: a sentença é a norma do caso concreto. Essa noção coaduna-se à do chamado juiz boca-da-lei, mencionado por Montesquieu. (...) Contudo, a jurisdição deve atuar para a justa composição da lide, ou seja para compor a lide de acordo com o Direito, porque esse é que estabelece as regras de comportamento vigentes em uma sociedade, recomendando sua observância a todos os cidadãos.” (GRECO, Leonardo. *Op. Cit.*, p.71-72)

Embora se possa discutir a possibilidade de se reduzir a jurisdição à aplicação da lei, ou mesmo do direito, como hoje muitos de seus adeptos a exprimem³⁶⁴, o foco a ser realçado diz com o equívoco – ainda hoje localizável aqui e ali – da rendição intelectual à soberania da lei, valendo concordar em relação a isso com a crítica formulada em termos seguintes: “*A crítica mais séria que se poderá fazer à doutrina de Chiovenda, que, todavia, não lhe retirará o mérito, está em seu pressuposto doutrinário, mais do que da formulação propriamente da doutrina. A objeção à célebre doutrina chiovendiana sobre jurisdição está em que o grande processualistas italiano, sob a influência das idéias jurídico-filosóficas predominantes no século XIX, concebida como funções separadas, e até em certo sentido antagônicas, a função de legislar e a função da aplicar a lei. Sua doutrina sustenta-se na postulação de que o ordenamento jurídico estatal seja, para o juiz, um dado prévio, uma coisa existente, como se for a uma constelação posta, completa e definitivamente, pelo legislador, restando ao juiz a exclusiva tarefa de aplicação da lei ao caso concreto. As modernas correntes filosóficas do direito, contudo, procuram mostrar que a atividade de aplicação da lei pelo juiz implica, de certo modo, também uma função criadora do direito, à medida que o preceito legal, abstrato como ele é, em sua formulação genérica, não passa de um projeto de norma reguladora da conduta humana, projeto que o julgador deve completar na sentença, de modo a concretizá-lo no caso particular submetido a seu julgamento.*”³⁶⁵

A propósito, em se justificando a crítica, sequer aqueles que substituem a expressão lei por direito na adaptação da visão *chiovendiana* sobre jurisdição estariam corretas, pois também o tomam como dado estático, acabado, como parte de uma realidade, por assim dizer, metafísica, o que dificulta igualmente sua aceitação³⁶⁶.

³⁶⁴DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. Ed. Malheiros, vol. 1, p.315. Em igual sentido: FUX, LUIZ, *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p.53.

³⁶⁵SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Ed. Forense, vol. 1, p.15.

³⁶⁶Exemplificando, observe-se o escólio sempre prestigiado, no sentido seguinte: “Tal é a jurisdição, função exercida pelo Estado através de agentes adequados (os juízes) com vistas à solução imperativa de conflitos interindividuais ou supra-individuais, e aos demais escopos do sistema processual (supra nn 48-52). Entre esses escopos está o de atuação do direito material, tradicionalmente apontado como fator apto a dar à jurisdição uma feição própria e diferenciá-la conceitualmente das demais funções estatais – pois nenhuma outra é exercida com o objetivo de dar efetividade ao direito material aos casos concretos. Conceitua-se jurisdição, a partir dessas premissas, como função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos.” (DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. Ed. Malheiros, vol. 1, p.315)

Em contraposição, ainda hoje se mantém firme a presença da visão de CARNELUTTI, cuja formulação remete à idéia de jurisdição enquanto função destinada à promoção da *justa composição dos litígios* por parte dos órgãos estatais dela encarregados.

Nessa percepção, é de se ressaltar, presta-se tributo à acepção unitária do sistema jurídico, sendo oportuno acrescentar, ademais, que a atenção sobre a qual põe acento seu formulador diz com a finalidade da atividade jurisdicional, numa preocupação reveladora de seu conteúdo ético, visível ao se associar a composição de lide por meio de solução justa.

Importa, dada a relevância, consignar juízo doutrinário adequado sobre a perspectiva *carneluttiana* de jurisdição, por constituir contribuição fundamental à sua perfeita apreensão: “*Francesco Carnelutti, ao contrario de Giuseppe Chiovenda, defendia a teoria unitária do ordenamento jurídico, segundo a qual o direito material não teria condições de disciplinar todos os conflitos de interesses, sendo necessário, muitas vezes, o direito processual para complementar aquelas regras de direito material. Por conseguinte o conceito de lei não deve ser visto como um juízo de valor fundado sobre um juízo de existência, mas, ao contrário, sobre um juízo de possibilidade. Carnelutti, dessa forma, ao contrário de Chiovenda, parte da premissa de que o ordenamento jurídico substancial é insuficiente para produzir direitos e obrigações. (...) Dessa forma, a sujeição à jurisdição não está condicionada à prévia existência da lei ou ao direito material. Nas palavras de Carnelutti: ‘o processo é um método mediante o qual se obtém a pronuncia oficial de comandos jurídicos (concretos), seja que preexistam, seja que não preexistam leis (jurídicas) das quais os comandos concretos constituem aplicação’.*”³⁶⁷

A concepção *carneluttiana* merece o apreço já por haver realçado elemento capital, qual seja, a *solução justa da hipótese* com que se defronte a autoridade judiciária responsável por seu exercício, sobretudo por ser pensada a partir de um contexto sem o qual ela – na ótica de seu autor – não faria sentido, ou seja, a preexistência da lide, ou do litígio, causa de sua existência.

³⁶⁷CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no processo civil*. Ed. Juruá, p.26-27.

Mas, apesar disto, essa sua particularidade de ser perfilada tendo em vista sua finalidade é que justamente a fragiliza sob o ponto de vista teórico, por não consistir em uma descrição pormenorizada do fenômeno atividade jurisdicional, cuja retratação permanece tarefa das mais árduas em sede de direito processual³⁶⁸, sobretudo quando se tem presente a tentativa de superação da acepção positivista-legalista, atualmente tida por incondizente com o trato científico da matéria, por razões que merecem, de fato, uma sintética exploração.

De início, convém ter presente o fato de que a jurisdição hoje há de ser vista sob um enfoque do Estado Constitucional Social e Democrático de Direito, afinal, modelo sedimentado no Texto Fundamental, conforme já se disse à exaustão ao longo deste trabalho.

Notoriamente, esse modelo de organização política e estatal se incumbe de um modo de produção do Direito – fundamento de toda sua atividade – em tudo democrático, e sob diversificados pontos de vista, dentre os quais, a propósito, se sobressai sua vinculação imprescindível aos termos da Constituição, fonte de sua legitimidade.

É nota da democracia constitucional, realmente, o compromisso de uma atuação conforme à ordem de valores por ela representada por parte de todos os seus órgãos quando do exercício de suas funções, já porque neles repousa o núcleo das diretivas de orientação política a serem preservadas.

Daí porque judicar significa atuar na sistemática concretização dos preceitos da Carta Fundamental³⁶⁹.

³⁶⁸“O vício da doutrina carneluttiana reside, à semelhança daquela anteriormente exposta, ao procurar definir o ato jurisdicional indicando não aquilo que ele é, mas aquilo a que ele serve; não o seu ser, mas a sua função, ou sua finalidade. A composição dos conflitos de interesses pode dar-se de inúmeras formas, por outros agentes de Estado que não sejam juízes. E nem se salva a teoria, acrescentando-lhe a nota qualificadora, segundo a doutrina de Carnelutti, segundo a qual o ato jurisdicional realizaria uma justa composição da lide, porque ninguém poderá dizer que as demais formas de composição de conflitos, realizadas pelos agentes do Poder Executivo, não sejam igualmente justas, conforme a lei.” (SILVA, Ovídio Bastista de. *Op.cit.*, p.22)

³⁶⁹“O Judiciário constitui um dos três poderes reconhecidos expressamente pela Constituição da República (art. 2º), sendo independente em relação aos demais: a ele foi atribuída a tarefa de declarar o Direito e de julgar. No declarar o Direito, deverá preliminarmente defender a Constituição, inclusive contra as leis editadas em desrespeito àquela. Ademais, sendo de promover sempre o respeito à Constituição, os Tribunais e juízes devem, quanto às leis, adaptar o conteúdo de seus preceitos aos preceitos constitucionais, como bem

À vista disso é que o exercício da jurisdição pressupõe disposição de interpretar-aplicar os preceitos constitucionais, seja diretamente – quando indispensável –, seja como condicionantes da inteligência que se deva ter dos dispositivos legais inerentes as circunstâncias factuais virtualmente sob exame.

Essa postura, parece oportuno dizer, também recebe hoje o apoio incondicional de uma *concepção pós-positivista*, ou melhor, dessa insinuante acepção do constitucionalismo destes dias, o *neoconstitucionalismo*, segundo a qual a realidade jurídica se converte em tecido normativo amplamente permeável ao texto constitucional, que nela se irradia, inundando-a por completo³⁷⁰.

Sobre esse tema, a propósito, vale averbar alentado escólio doutrinário, segundo o qual: “*O pós-positivismo se liga diretamente ao ambicioso modelo constitucional que tem se difundido nas últimas décadas e vem sendo designado por diversos autores por neoconstitucionalismo. O neoconstitucionalismo envolve mudança nos tipos de constituições e dos correspondentes arranjos institucionais e alterações na teoria jurídica subjacente. O neoconstitucionalismo está associado a diversos fenômenos reciprocamente implicados, seja no campo empírico, seja no plano da dogmática jurídica, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização de sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalism e recurso mais freqüente a métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com irradiação de suas normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d)*

observa Maria Luiza Balaguer Callejon, ou seja, admite-se abrir o sistema de fontes à criação judicial do Direito, de tal modo que os enunciados legais não serão apenas o que da literalidade de seus textos se possa deduzir, mas também o que os Tribunais tenham interpretado que são, como consequência de sua congruente inserção dentro do ordenamento constitucional.” (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. Ed. Saraiva, p.1207-1208)

³⁷⁰“No paradigma neoconstitucional os juízes passam a ter grande relevância, pois o ordenamento jurídico deve estar concretizado em todas as partes por meio dos mecanismos jurisdicionais. Do mesmo modo que a Constituição do neoconstitucionalismo é uma Constituição *invasora* ou *intrrometida* (segundo a correta observação de Ricardo Guastini), também a tarefa judicial tem a ver com muitos aspectos da vida social. O neoconstitucionalismo gera uma explosão da atividade judicial e requer, em alguma medida, um ativismo judicial, de certo modo em grau superior ao que se observava anteriormente.” (CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de analisis – El canon neoconstitucional*. Coordenação Miguel Carbonell e Leonardo García Jaramillo, Ed. Trotta, p.154)

*reaproximação entre Direito e a Moral; (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Judiciário.*³⁷¹”

Sob o estímulo dessa concepção, o exercício da atividade jurisdicional se realiza de forma compromissada com a realidade constitucional, tornando-se seu corolário indispensável a concretização das diretrizes nela estabelecidas, sobretudo por intermédio de seus valores e princípios.

Dentro dessa perspectiva, um dos eixos essenciais à ordem constitucional, qual seja, os direitos fundamentais, disciplinados na Constituição Aberta por meio de diretrizes e preceitos de densidade normativa variada – princípios, regras, garantias institucionais etc. – passa a ter irradiação horizontal sobre o sistema, vinculando igualmente a atividade judiciária e jurisdicional sob o impacto de sua dimensão objetiva³⁷².

Segue daí a convicção de sempre sobre envolver a atividade jurisdicional, de maneira inegável, e por um lado, uma técnica procedimental compromissada com o enraizamento da consciência sobre a *vontade constitucional*³⁷³, à medida que as diretivas da Carta hão de ser vistos como elementos da pré-compreensão do órgão judiciário no seu desempenho, enquanto, por outro, se mostra indissociável da idéia de construção e reconstrução do Direito, sua tarefa essencial.

³⁷¹SOUZA NETO, Claudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p.202.

³⁷²O papel do juiz no atual quadro constitucional há de ser também a de juiz concretizador dos postulados dela emanados, pois é bem verdade que: “No Estado do Bem-Estar Social, fase por que passa a sociedade política, a ideologia jurídica volta-se à concretude da prestação da Justiça, à materialização do Direito como fonte de garantia da dignidade humana dos membros da sociedade política. Neste Estado, o juiz ganha uma projeção social diferente da que lhe vinha sendo atribuída, pois a sua presença na sociedade política e a sua função no seio dessa sociedade (e não mais acima ou for a dela como mero espectador do que nela ocorria) passa a exigir um desempenho político mais engajado com o movimento político permanente. O juiz, como antes observado, é governo, co-autor de políticas públicas, responsável direto pelas liberdades públicas e pela intergração das leis no sentido de assegurar-lhes cumprimento efetivo.”(ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O juiz na nova ordem estatal – Perspectivas de direito público, estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Ed. Del Rey, p.258)

³⁷³Logo após a promulgação da nova Carta, escreveu com forte esperança JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “Há no texto constitucional uma série de esboços que aguardam desenvolvimento. Dar remate às construções é , em grande parte, missão do Poder Legislativo. Mas ao Judiciário, repita-se, cabe igualmente, sem sombra de dúvida, tarefa de primeira importância no particular. Uma postura tímida por parte da jurisprudência já importará renúncia a extrair da Constituição as virtualidades que nela palpitam. Uma atitude de hospitalidade, então, poderá inutilizá-la por completo. Não é de crer que os juízes brasileiros pretendam atrasar desse modo o relógio da história.” (*O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição – Revista Forense Comemorativa 100 Anos*, p. 763)

Sendo assim, aliás, registra-se a observação pontual e oportuna de doutrinador inolvidável, ou seja: *“O Juiz sabe o seu papel na sociedade contemporânea? De seu preparo é que dependerá a atuação da Magistratura no século XXI. O juiz pode ser um burocrata aplicador inflexível da letra da lei. Como também pode ser um agente transformador da realidade, mediante uma interpretação construtiva do texto constitucional. Depende dele reconhecer-se incapaz de remover injustiças e de banir preconceitos no caso concreto submetido à sua apreciação ou extrair dos princípios constitucionais, mediante leitura atenta e após consistente e fundamentado processo interpretativo, a solução mais justa aplicável à espécie. A Constituição de 1988 assegura ao magistrado ser garante e avalista das promessas do Constituinte, ou persistir no modelo da boca passiva que pronuncia as palavras da lei, ser inanimado e submissão à dicção normativa.”*³⁷⁴

Não por menos se cogita de que um dos mistéres da atividade jurisdicional, à luz do Estado Constitucional Social e Democrático de Direito³⁷⁵, seja o de co-participar ativamente da promoção da democracia social, consolidando-se então a acepção de uma *jurisdição inclusiva*³⁷⁶, no sentido de ser portadora da atribuição de conferir cidadania, ou acesso aos direitos, afinal, em favor daqueles normalmente à margem dos processos de mobilidade social.

Crendo-se nesses pressupostos parece razoável admitir que a jurisdição possa ser melhor compreendida como atividade voltada à construção e reconstrução permanentes da

³⁷⁴NALINI, José Renato. *O Poder Judiciário na Constituição de 1988 – Tratado de direito constitucional*. Ed. Saraiva, Coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valdir do Nascimento, vol. 1, p.979.

³⁷⁵Nesse sentido, a propósito, já se fala como um dos princípios diretivos da Jurisdição o relativo à sua vinculação ao Estado Democrático de Direito (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Princípios constitucionais diretores da jurisdição no Estado democrático de Direito – Revista Estação Científica*, vol. 1, n.4)

³⁷⁶“Jurisdição inclusiva é aquela cuja fonte de dicção originária é a Constituição da República. Na sua letra e no seu espírito. E essa ligação umbilical da jurisdição inclusiva com a Constituição Federal não importa restrição de seu alcance. Como bem advertem Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues por uma questão de supremacia a Constituição da República de um Estado democrático está colocada como epicentro das normas jurídicas. Nela estão contidas as normas fundamentais que deverão ser operacionalizadas, aplicadas e respeitadas pelas demais normas jurídicas.” (PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*, Ed. RT, p.68)

ordem jurídica referida a circunstâncias concretas³⁷⁷, em consonância com as diretrizes constitucionais, e com vistas ao atendimento das legítimas pretensões de uma sociedade plural, justa e solidária.

Nesse espírito, aliás, é que se acolhe entendimento segundo o qual: *“A tarefa do juiz no Estado Constitucional coloca-se como uma atividade de reconstrução da ordem jurídica. Não se trata propriamente de atividade criativa. A jurisdição não cria ex novo, mas recria –há uma reconstrução a partir de elementos já constantes dentro do sistema jurídico. A solução para os casos é buscada sempre em elementos constantes dentro do sistema jurídico. Mesmo quando o Supremo Tribunal Federal desenvolve o Direito brasileiro cumprindo sua função de unidade prospectiva do Direito, a solução é fruto de uma outorga de sentido à ordem jurídica vigente.”*³⁷⁸

Revela-se ineludível, então, que de algum modo a jurisdição supõe uma atividade carregada de espaços de criação do Direito³⁷⁹, malgrado balizados pelas diretivas de ordem constitucional e preceitos lógico-hermenêuticos rigidamente aplicáveis, em busca de uma deliberação judicial adequada, daí porque não há equívoco, igualmente, em se conceituar jurisdição levando em conta esse fator, realmente presente no seu desenvolvimento na atualidade³⁸⁰.

De se notar, claro, que se reconhece o poder criativo – ou recriativo – como dado inerente à atividade jurisdicional, seja porque, com efeito, há uma construção normativa no

³⁷⁷“Jurisdição é, antes, caracterizada em sua psicologia dos tipos fundamentais pela tarefa de decisão autoritária e, com isso, obrigatória, independentizada, em casos de direito contestado ou violado, em um procedimento especial; ela serve exclusivamente à conservação e, com essa, à concretização e aperfeiçoamento do direito.” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Ed. Sergio Fabris, Tradução por Luís Afonso Heck, p. 411)

³⁷⁸OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de e MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Ed. Atlas, vol.1, p.127.

³⁷⁹“Quando se diz – como faz o ‘Chief Justice’ Barwick, para citar apenas exemplo recente – que a expansão do direito legislativo no estado moderno estendia a muitíssimos domínios, antes ignorados pela lei, acarretou e ainda está acarretando consigo a expansão do direito judiciário, subentende-se obviamente a negação da clara antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes. Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores ?* Ed. Sergio Antonio Fabris, p. 20)

³⁸⁰Não há incorreção, pois, em se ver o conceito de jurisdição assim reproduzido: “A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo, efetivando ou protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão de tornar-se indiscutível” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Ed. Juspodivm, 1º vol., p.95)

caminho de seu exercício³⁸¹, valendo lembrar, nada obstante, que seria inviável admitir que o juiz possa criar o Direito, que, para além dele e da própria situação concreta levada à sua consideração tem suas balizas fundamentais previamente estabelecidas no Texto Constitucional, nos Valores nele entranhados, nos precedentes etc³⁸².

De todo modo, a jurisdição se encontra, realmente, vinculada à soberania constitucional, fundando-se sua atividade na preservação das normas, princípios e valores insertos na Carta, de tal maneira a se poder assegurar que precípuamente sua função social está em garantir a concretização da ordem constitucional, já que, como assentado em sólida e bem fundamentada opinião doutrinária: *“O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Expressão concreta disso são os deveres de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei, especialmente atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que impede a proteção a um direito fundamental. Isso para não falar do dever, também atribuído à jurisdição pelo constitucionalismo contemporâneo, de tutelar os direitos fundamentais que se chocam no caso concreto.”*³⁸³

³⁸¹COELHO, Inocêncio Mártires. *O poder normativo da jurisdição constitucional : o caso brasileiro – Constitucionalismo, direito e democracia*. Ed. GZ, Coordenação Francisco Merton Marques de Lima e Robertônio Santos Pessoa, p.11. Em igual sentido: “Seria fastidioso prosseguir e, por isso, pedimos ao leitor que relembre os fatos que conhece e, serenamente, imparcialmente, verifique se é ou não a interpretação o que, em última análise, prevalece. Esta é a parte integrante, complementar, inseparável, do processo legislativo. Mesmo quando a autoridade judicante quer respeitar a lei, escravizando-se a ela, para obedecer ao mandamento de Santo Agostinho – *non licet iudicibus de legibus judicare sed secundum ipsos* –, ainda assim, ou segue interpretação alheia ou interpreta diretamente, pondo necessariamente em ação seu coeficiente pessoal. Por isso mesmo é que Bergeret de Anatole France, raciocinando filosoficamente dizia: ‘Eu não teria muito medo das más leis se elas fossem aplicadas por juízes bons. Diz-se que a lei é inflexível, mas eu não acredito. Não há texto que se não deixe solicitar. A lei é morta. O magistrado está vivo. Ele tem uma grande vantagem sobre ela...’”(BITTENCOURT, Lúcio. *A interpretação como parte do processo legislativo – Revista Forense comemorativa 100 anos, Tomo I, Constitucional*. p. 55).

³⁸²“Mas se o juiz, ao cumprir tais funções, fica muito longe das idéias de declaração da lei e de criação da norma individual, isso não quer dizer que ele passou a ter poder de criar o Direito. O juiz está sujeito às normas constitucionais, e, portanto, se pode conformar a lei e a legislação, ou mesmo tutelar direitos que colidem no caso concreto, isso evidentemente não quer dizer que possa criar o Direito. Porém, quando se compreende norma como texto e norma jurídica como interpretação dela decorrente, torna-se fácil atribuir ao juiz a missão de criar a norma jurídica que cristaliza a compreensão da lei na medida das normas constitucionais – ou, mesmo na hipótese específica de tutela de direitos fundamentais colidentes, a razão jurídica determinante diante do caso concreto, da prioridade de um direito fundamental sobre outro.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado contemporâneo. – Estudos de direito processual civil. : Homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz Aragon*. Ed. RT, p.65)

³⁸³*idem*, p.65

A jurisdição, desse ponto de vista, se torna guardiã do projeto político³⁸⁴ inscrito nas diretivas da Carta, co-responsabilizada por sua materialização e evolução, de tal maneira a se poder compreender que mesmo fora do âmbito especializado da denominada jurisdição constitucional, o encargo é o mesmo, a fim de se preservar a integridade do sistema.

Dessa maneira, cumprindo seu papel de produção do direito ante o fato concreto, concebendo os contornos da normatividade de princípios ou mesmo constituindo normas gerais e prospectivas em determinadas situações de omissão legislativa, sua legitimidade permanece inquestionável uma vez indiscutível o fato de que nesses passos apenas espelha o equilíbrio e harmonia indispensáveis entre os poderes, garantindo governo eficiente fundado na ordem jurídico-constitucional e consolidação do interesse público³⁸⁵.

1.2.- Jurisdição, Acesso à Justiça e Judicialização da Política

A missão essencial da atividade jurisdicional há que se mostrar ideal e concretamente acessível à cidadania, sobretudo na órbita do Estado Democrático de Direito, compromissado com igualdade formal e material também no acesso aos direitos, sobretudo os fundamentais, estrutura medular do pacto político por ele agasalhado.

Dessa maneira, parece natural afirmar a existência – já de reconhecimento jurídico generalizado – de um direito fundamental à tutela jurisdicional³⁸⁶, decorrente, por sua vez,

³⁸⁴“A evolução da Teoria Geral do Estado implica a politização da Constituição. Do normativismo constitucional saltamos para a Teoria Material da Constituição. Este é momento da imbricação entre Constituição e Política. E o Estado Democrático de Direito é o locus privilegiado desse acontecimento. A dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o ponto de estofo em que convergem as dimensões democrática (formação da unidade política), a liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a social (configuração social das condições de vida) daquilo que se pode denominar de essência do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Portanto, nenhuma das funções pode ser entendida isoladamente. É por isso mesmo que Hans Peter Schneider vai dizer que a Constituição é direito político: do, sobre e para o político.” (STRECK, Lênio. *A jurisdição constitucional e as promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissório (e dirigente) da Constituição* – Revista TRT 9ª Região, v. 29, nº 52., p. 17-53)

³⁸⁵GARCIA, Emerson. *Direito judicial e teoria da Constituição*. www.tjrj.jus.br/library - acessado em 10.01.2013. Em igual sentido: CAMBI, Eduardo. *Op. Cit.*, p.116-117.

³⁸⁶“Os direitos fundamentais são direitos políticos e o direito processual é um direito fundamental constitucionalizado que, repete-se, se exprime como *status activus processualis*, um direito ativo à organização e ao procedimento; mas não só, é um direito não típico (caráter funcional de seu conteúdo aberto) de provocar a atuação do Judiciário para fazer valer um direito fundamental. Garante também efetividade dos direitos fundamentais materiais (como instrumento de aplicação do direito) e a segurança do cidadão e da sociedade organizada contra o abuso de poderes do Estado (direito fundamental à forma, como

da cláusula constitucional constitutiva do preceito de sua *inafastabilidade* sempre que se der a ameaça ou violação efetiva a posição jurídica de alguém, conforme disposição do *art. 5º, XXXV da Constituição Federal*³⁸⁷.

A amplitude desse direito fundamental ou garantia de acesso, todavia, se estende para além de uma suposta e formal possibilidade de estar em juízo, para alcançar - dentro do espectro de uma já sedimentada idéia de obtenção de todos os benefícios compatíveis com a ordem jurídica justa – o reconhecimento de um direito ao procedimento apropriado, efetividade da tutela, sua adequação, e, sobretudo, sua justiça³⁸⁸.

Vale ressaltar, que esse direito fundamental é assim visto em sede doutrinária ou jurisprudencial, e de longa data se sedimentou a respeito o seguinte entendimento: “A *idéia de acesso à justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais. Nas palavras lapidares de Kazuo Watanabe, não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. E segundo esse mesmo autor, são dados elementares desse direito: o direito à informação; o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; o direito de acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; o direito à pré-ordenação dos instrumentos capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características.*”³⁸⁹

Essa garantia de *acesso à justiça*, aliás, tem vinculação com a idéia de justiça social, à medida em que oportuniza a tutela de direitos em condições de igualdade e efetividade, merecendo, para esclarecimentos, a abalizada e seguinte opinião doutrinária: “A *questão do*

direito de defesa contra lesão ou ameaça de lesão). (ZANETI, JR., Hermes. *Processo constitucional – Modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Ed. Lumen Juris, p.148)

³⁸⁷“Não se limita a norma constitucional a obstar que alguma lei impeça o acesso à jurisdição, mas vai além para assegurar o direito a exigir do Estado a tutela jurisdicional, aqui compreendida não apenas como resultado, mas também para abranger os meios tendentes à sua consecução.” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal comentada*. Ed. RT, p.95)

³⁸⁸“NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. Ed. RT, p. 172. Em igual sentido: GRECO, Leonardo. *Op. Cit.*, p.11-20.

³⁸⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. *Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor – O processo em evolução*. Ed. Forense Universitária, p. 116.

*acesso à justiça, embora já se fizesse sentir no começo deste século, tanto na Alemanha como na Áustria, somente se fez perceber de forma definitiva no pós-guerra. É que com a consagração, a nível constitucional, dos chamados novos direitos, o direito de acesso à justiça passou a ser um direito garantidor de todos os outros. Realmente, como explica Boaventura Souza Santos, uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos não passariam de meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. Daí a constatação de que a organização da justiça civil e em particular a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualistas, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas, e em particular o modo como as opções técnicas no seu seio veiculavam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicas...*³⁹⁰”

Posto isso, forçoso admitir ainda que o acesso à jurisdição, à vista dos próprios e correlatos dispositivos constitucionais, é objeto de direito essencial de cariz individual e coletivo, notadamente porque são expressos os compromissos de proteção aos interesses e direitos sociais³⁹¹.

Sob o enfoque particular da tutela coletiva - objeto do presente trabalho - e ainda no recorte específico da *ação civil pública ou coletiva*, o que se estabelece é a garantia fundamental de proteção eficaz a interesses natural ou acidentalmente coletivizados por intermédio da atividade jurisdicional, desde que relativos a direitos ou situações jurídicas das quais possam ser tecnicamente deduzidos, até como meio facilitador do acesso à justiça para grupos de pessoas excluídas dessa possibilidade por outros meios³⁹².

Nesta ótica, a tutela jurisdicional se faz direito fundamental e no ambiente do Estado Social e Democrático de Direito, em que a democracia política se entrelaça à democracia

³⁹⁰MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. Ed. RT, p. 21.

³⁹¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p.102.

³⁹²“As ações coletivas têm, em geral, duas justificativas atuais de ordem sociológica e política: a primeira, mais abrangente, revela-se no princípio do acesso à justiça; a segunda, de política judiciária, no princípio de economia processual.(...) As motivações sociológicas podem ser verificadas e identificadas no aumento das demandas de massa, instigando uma litigiosidade de massa, que precisa ser controlada em face da crescente industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea. A constitucionalização dos direitos e os movimentos pelos direitos humanos e pela efetividade dos direitos fundamentais ...”(ZANETI JR., Hermes e DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil – Processo coletivo*. Ed. Juspodivm, p.35)

social, a atuação dos grupos sociais, ou seu legítimos representantes, na defesa de seus interesses e direitos provocam sistematicamente o Judiciário à realização de pronunciamentos indiscutivelmente inerentes ao campo das políticas sociais e governamentais.

Pode-se afirmar, portanto, sem temor de equívoco, que a Constituição Federal, à medida que consolida o projeto político nacional por meio de um conjunto de valores relativos à promoção social e isonomia, somada à obliteração dos canais naturais de participação popular na arena política, e, ainda, à resistência à implementação dos preceitos da Constituição Social, gera um ambiente irrefutavelmente propício à transferência para o Judiciário do encargo de solucionar matérias de interesse público ou social atinentes, vale acrescentar, a políticas públicas de toda ordem³⁹³.

Esse fator, realmente, veio redesenhar os termos em que se dá o exercício da atividade jurisdicional, induzindo-o a um controle mais proeminente das atividades e omissões dos demais poderes, com o objetivo de dar suporte à plena eficácia das disposições constitucionais, otimizando sua aplicação e facilitando, sobretudo, o acesso a direitos sociais por vastas camadas da sociedade, alijadas normalmente do processo de concretização da ordem Constitucional.

Do quanto até aqui se expôs, o que se pode deduzir é a coexistência de um conjunto de ingredientes facilitadores dessa nova realidade, enumeráveis facilmente a partir de uma análise percuciente da realidade nacional e internacional – o fenômeno sobre o qual se fala não se restringe a este país -, compreendendo o rol decorrente dessa apreciação, no caso do Brasil, itens variados, tais como: (a) o compromisso de justiça e democracia sociais inerentes ao Estado Democrático de Direito; (b) a Constituição vista como uma ordem de valores e princípios de eficácia normativa, e portanto jurídica e judicialmente apreciáveis;

³⁹³Sobre a expansão da judicialização da política, diz bem Bolzan: “Dito de outro modo, há que ficar claro que este fazer política é aqui assumido como uma nova forma de produção de decisões no âmbito do poder estatal que tem ganho cada vez maior amplitude e consistência em razão de dois fenômenos até mesmo contraditórios: de um lado o sucesso do Estado democrático em prover a cidadania de melhores vias de acesso ao sistema de justiça, de outros os fracassos ou dificuldades de o Estado Social prover resultados satisfatórios ante suas promessas. Um embate entre cidadania jurídico-jurisdicional e cidadania social, mesmo que, claro, ambas se confundam – possam se confundir – no mesmo sujeito.” (MORAIS, José Luiz Bolzan da. *O Estado Constitucional – Entre Justiça e Política. Porém a vida não cabe em silogismos! – Constituição e processo*. Ed. Forum, p. 157. Coordenação de Felipe Machado e Marcelo Cattoni)

(c) a garantia de tutela a interesses coletivos de expressão social, notadamente os atinentes aos direitos sociais, culturais e econômicos; (d) a possibilidade de formas de controle amplas sobre a omissão dos demais poderes públicos; (e) a reconfiguração institucional de órgãos e instituições tais como o Ministério Público e a Defensoria Pública, atribuindo-lhes o encargo de defesa desses interesses, dentre outros.

Daí é que decorre a convicção no sentido de que, realmente, a antiga e tradicional neutralidade do Judiciário se obliterou no contexto novo da atual realidade constitucional, passando a atividade jurisdicional a ganhar um certo colorido de politicidade irreversível.

Importa consignar, em benefício da clareza, não ter sido essa – ao contrário do que muitas vezes se pensa – uma opção ou linha de orientação espontaneamente adotada pelo Judiciário sem mais aviso, mas, ao contrario, imperativo das diretrizes constitucionais, que o convocam, seja pelo controle incidental ou concentrado de constitucionalidade, ou pela missão de promoção da integridade da ordem jurídica, a uma participação por assim dizer governamental e de co-responsabilização pela implementação de meios conducentes a uma convivência social mais justa.

Por essa mesma razão, afinal, a tradicional fórmula filosófico-política da separação – ou tripartição - de poderes sofre revisão inexorável, para adaptar-se a tempos de um Estado Constitucional funcionalizado à promoção da igualdade formal e de fato de seus cidadãos, convertida, assim, no roteiro da colaboração ou cooperação entre eles, redutível à idéia da convivência harmônica.

Segue daí que a intolerância do sistema à atividade, ou inatividade, governamental contrárias à efetivação do projeto político consagrado na Carta, já por se tratar de organização política de fundo democrático – e bem assim de atuação governamental sempre sob controle –, gera no âmbito da CF/88 a urgência em se repletar o Judiciário a pronunciamentos corretivos e constitutivos de políticas sociais, para permitir à sociedade política a fruição de direitos nela encartados.

Esse fenômeno, rotulado habitualmente como *judicialização da política* ou *politização da justiça*³⁹⁴, em realidade, propõe a judicatura como atividade governativa, cuja virtude é a resolução de conflitos de interesses de natureza proeminentemente política, por concernirem, de algum modo, ao grande veio do interesse público e envolverem a adjudicação da participação de grupos sociais em bens de relevo social.

Posto em marcha em razão da inegável expansão da Constituição, cujas diretrizes, notadamente no campo dos direitos fundamentais, assumiram projeção vertical e horizontal irradiando-se por praticamente todo cenário das relações jurídicas, o denominado *processo de interesse público* também se multiplicou, com vistas ao reconhecimento da indispensável efetividade dos preceitos incorporados à ela e carentes de efetividade³⁹⁵.

A propósito, o processo coletivo, e particularmente as ações civis públicas, têm sido manejadas com o escopo da obtenção de decisões que versem sobre interesses dessa natureza, relativos à implementação de políticas viabilizadoras do acesso a direitos sociais³⁹⁶, com o *referendum* costumeiro do próprio Supremo Tribunal Federal, que excepcionalmente enxerga viável a implementação judicializada de política pública³⁹⁷.

³⁹⁴Revelando que o fundamento desse fenômeno é, com efeito, o próprio Estado Constitucional, em que a Constituição se coloca como estatuto do político, salienta EDUARDO CAMBI: “Os direitos encontram sua base na Constituição, que não é simples reflexo da ordem natural, mas é a maior de todas as criações políticas. O Direito Constitucional judicializou a política, uma vez que a política, representada pelos conflitos sociais e pelos direitos fundamentais, historicamente sonogados, passaram a ser temas de direito público. Pode-se dizer que há uma relação de complementariedade entre o Direito Constitucional e a política.” (*Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Ed. RT, p. 115)

³⁹⁵Sobre processo de interesse público há de ser dito que a designação condiz com a natureza pública do interesse sobre a qual recai a decisão. (cf. SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil de interesse público – Processo civil e interesse público: O processo como instrumento de defesa social*. Ed. Rt, p.40)

³⁹⁶ZANETI JR., Hermes e DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil – Processo coletivo*. Ed. Juspodivm, p.36-40.

³⁹⁷EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE DE ALUNOS DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que “[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[...]. 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 essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados

Dá-se na hipótese a participação pelo processo³⁹⁸, utilizado, nestes termos, como uma estratégia dinâmica e efetiva de obtenção de ganhos sociais e políticos inalcançáveis pelo percurso tradicional junto as vias ordinárias da política, obstruídas pela corrupção de valores políticos extraordinariamente valiosos, tais como a representação.

E, se por um lado, a adjudicação judicial de direitos sociais e políticos restabelece a fluência da construção de meios indispensáveis à vida boa na sociedade democrática, por outro, naturalmente, açula interesses que habitam seu entorno, sobre os quais provoca efeitos inevitáveis, exigindo mais daqueles por ela encarregados, no sentido do atendimento a parâmetros de justa proporção, cuidado e ponderação em cada hipótese.

Indispensável pôr em linha de conta, ainda, o fato de que a atividade jurisdicional em hipóteses do gênero se concretiza sob alguns vieses, entre os quais o de sanar omissões legislativas ou administrativas, quando então o decisório judicial contemplará a apropriação de atividades atípicas, até mesmo com formulação de norma de caráter geral, aspecto a pôr em evidência o que se tem denominado por *ativismo judicial*, ponto a despertar infundáveis polêmicas no plano da doutrina.

Neste ponto, exatamente, convém acentuar que a *judicialização da política* atrai inexoravelmente, ou pelo menos oportuniza, decisões judiciais de conteúdo político,

de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.(RE 603575 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-05 PP-01127 RT v. 99, n. 898, 2010, p. 146-152)

³⁹⁸“Assim, conquanto por vezes se procure qualificar a ação civil pública pelo critério de a legitimação ativa vir atribuída ao MP, parece-nos que o traço distintivo mais relevante possa colocar-se na própria natureza do interesse lobrigado nessas ações, ou seja: é um interesse de natureza civil (não penal) precipuamente ou prevalentemente público (e nesse aspecto a ação civil pública avizinha-se da ação popular). E no caso específico da ação civil pública versada na Lei 7347/85, é justamente porque o interesse é de todos (*res omnium*), que a legitimação ficou estabelecida de forma pluralista, difusa. O que releva é que com a edição da citada lei, restou consagrada em sede legislativa um reclamo que exsurge de todas as sociedades civis dos países civilizados: o Estado não é o dono do erário, dos bens públicos, do patrimônio cultural: é apenas seu gerente-administrador; por isso, de um lado deve prestar contas ao povo, que lhe outorgou esse poder de gestão; e, por outro lado, quando não se desincumba eficientemente de seus mistéres, pondo em risco o bem comum, deve admitir que o povo promova sua responsabilidade, através da via jurisdicional, agora dentre nós ampliada pelo advento da Lei nº 7347/85.” (MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública: instrumento de participação – Participação e processo*. Ed. RT, p.201. Coordenação Ada Pelegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe)

classificadas usualmente como produto de um fenômeno denominado *ativismo judicial*³⁹⁹, que, de seu turno, padece a condição de evento de difícil conceituação⁴⁰⁰, malgrado venha obtendo por parte da doutrina um sem número de definições.

Sobreleva notar que a expressão não provém de estudo realizado por via doutrinária específica, originando-se, em vez disso, de opinião laica incidental, que depois tomou relevo no exterior, influenciando ainda constitucionalistas e processualistas brasileiros, até hoje envolvidos em complexos debates sobre a matéria⁴⁰¹.

De maneira mais comum, apesar de todas as implicações e riscos envolvidos em uma opinião singela ou simplista, o que correntemente se afirma a respeito aponta para a concepção segundo a qual haveria um ativismo judicial sempre que determinada decisão intervisse sobre área de competência dos demais poderes de modo inadvertido.

Alentado estudo doutrinário sobre o assunto, por exemplo, apresenta a seguinte conceituação: “Ao se fazer menção ao *ativismo judicial*, o que se está a referir é a *ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também da função administrativa, e até mesmo da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legislação (ou de outra*

³⁹⁹“A judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberada de vontade política. (...) A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos dois outros poderes. A postura ativistas se manifesta por meio de diferentes condutas: (i) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.” (BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática – Constituição & ativismo judicial*. Ed. Lumen Juris, p.281. Organizadores: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Roberto Fragale Filho e Ronaldo Lobão)

⁴⁰⁰“As referências ao que se tem designado *ativismo judicial* refletem outro caso de expressão utilizada sem maiores cuidados com a definição de seus elementos constitutivos. Nem mesmo se encontra um consenso em torno de saber se a atitude é desejável ou negativa. O risco está em tornar a expressão inútil por superabundante, ou, ainda pior, por transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor verdades ainda não estabelecidas e levando-os a julgar instituições e a formar opiniões políticas a partir de mistificações dissolutivas.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio- O ativismo judicial. – As novas faces do ativismo judicial*. Ed. Juspodivm, p. 288. Organizadores: André Luiz Fernandez Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino)

⁴⁰¹*idem*.

*função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do Poder Judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial das funções constitucionalmente atribuídas aos outros poderes.*⁴⁰²”

Obviamente, nessa linha de pensamento o termo conceitual em exame parece manter uma gênese interligada à doutrina da separação de poderes, notadamente por representar o que se poderia designar por invasão de competência por parte do Judiciário quando, por exemplo, ao garantir um direito acaba criando ou recriando, ou meramente acrescentando, estruturas normativas ou sentido mais abrangente, para conferir vitalidade ao sistema jurídico.

Sob certa ótica, notadamente a liberal clássica, assentada sobre certa rigidez na concertação de poderes montesquiana, essa eventualidade consistiria numa inegável ruptura do sistema, ou pelo menos num inaceitável desequilíbrio, a ponto de soar como uma ameaça configurada pelo *governo dos juízes*, em detrimento da política, território em que deveriam se dar preferencial – ou exclusivamente – as escolhas públicas.

Nesse contexto, indicam-se, invariavelmente, como causas determinantes dessa distorção a arbitrariedade judicial, instalada ao arrepio do que deveria consistir em dever institucional da magistratura, ou seja, a autocontenção, na convicção de que definitivamente, para além da adequada interpretação dos postulados jurídicos, o Judiciário tem se permitido um arroubo imperdoável, o de tomar para si a atividade de concepção do Direito⁴⁰³.

⁴⁰²RAMOS, Elival Silva. *Ativismo judicial*. Ed. Saraiva, p.116-117.

⁴⁰³É o entendimento que aparentemente tem prevalecido no âmbito da doutrina e jurisprudência espanholas, já que, como diz JUAN CAMARA RUIZ: “Da análise feita a partir da concepção exposta sobre ativismo judicial, assim como acerca de suas causas e manifestações, consideramos que dito ativismo não aparece refletido de maneira evidente no contexto espanhol. Nesse sentido, e justamente pela natureza constitucionalmente legalista do ordenamento jurídico espanhol, formaram-se argumentos contra a possibilidade de que Juízes assumam um certo ativismo. A respeito, Díez-Picazo considera por um lado que num Estado democrático não cabem poderes sem legitimação democrática e a única que pode ostentar o Juiz-funcionário é a do escrupuloso respeito à lei.” (*Judicialización y Activismo Judicial en España – Ativismo judicial e déficits democráticos: Algumas experiências latino-americanas e européias*. Ed. Lumen Juris, p. 102. Organização: Rogério Gesta Leal e Mônica Clarissa Henning Leal - Tradução livres do Espanhol)

Esse ponto de vista, em verdade, se constrói sob a ocultação da realidade constitucional, que por fundar ordem política consonante com o Estado Social Democrático e de Direito, compromete-se com a efetividade de seus postulados e impõe sua concretização, gerando com isso, seja a urgência de sua aplicação independentemente de interposição legislativa – ainda que excepcionalmente –, ou a própria aplicação de normas legisladas com inteligência parametrada por princípios e valores estruturados em seu texto com dicção necessariamente aberta ou polissêmica.

O fato irreprimível, tanto quanto irrepreensível, é que há ainda uma boa questão não respondida de modo peremptória – talvez até por inviabilidade dessa alternativa –, ou seja, a relativa a ser de fato rotulável como ativismo judicial o fenômeno habitualmente posto sob críticas acrimoniosas, ou se, em lugar disso, tratar-se-ia exclusivamente de atividade judiciária regular, dado o reposicionamento do Poder Judiciário e sua co-participação irreversível na arena política.

Essa é a questão a ser apreciada, talvez a fundamental, pois há que se ter presente que na imensa maioria das hipóteses levadas a conhecimento do Judiciário, notadamente no campo da jurisdição constitucional, parece impossível taxar as decisões decorrentes de manifestação de *ativismo*, pois se deve considerar: “...se é *ativismo* que o Judiciário interfere em alguma medida na execução de políticas públicas, se em certas circunstâncias ele supera decisões tomadas pelos canais político-representativos, se em outras ocasiões supre omissões dos poderes políticos que ofendem direitos fundamentais e se, ao exercer a jurisdição constitucional, por vezes é obrigado a ir além da função de mero legislador negativo, nada disso é, por si só, evidência de atuação desbordante do princípio da separação de poderes ou das exigências da democracia representativa. Ao prestigiar soluções impostas pelos direitos fundamentais, mesmo em contrariedade à vontade de uma momentânea maioria política, a jurisdição presta culto à maioria de maior status, a que elaborou a Constituição.”⁴⁰⁴

Naturalmente, não será viável endossar a possibilidade do exercício abusivo da jurisdição, o que somente terá lugar, salvo juízo mais abalizado, quando o ato decisório

⁴⁰⁴BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidivo- O ativismo judicial. – As novas faces do ativismo judicial*. Ed. Juspodivm, p. 288. Organizadores: André Luiz Fernandez Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino.

derivar de compreensão constituída ao arrepio do sistema jurídico, ou com *chapada* contrariedade a seus preceitos essenciais, ou ainda mediante fundamentação inadequada sob o prisma técnico.

É razoável pensar que pode haver degeneração, tanto mais em circunstâncias nas quais os magistrados entendem a decisão judicial como *ato de vontade*⁴⁰⁵, possibilitando o condenável solipcismo, ou ainda levando em conta a ameaça da politização-partidarização do Judiciário, com sérias conseqüências à democracia, além de outras situações de perniciosidade similar, malgrado reflexões a respeito não possam levar a resultados extremos de abominação pura e simples, por temor de que o os magistrados, organizadamente, e por meio desse mecanismo, pudessem golpear a cidadania em prol de estamentos da superestrutura⁴⁰⁶.

Afinal, *dizer o Direito*, no sentido de constitui-lo, se encontra à base da própria acepção de jurisdição, como provam estudos romanísticos que desautorizaram, inclusive, a concepção acerca de uma certa identidade histórica entre a jurisdição romana e a jurisdição praticada na atualidade no mundo ocidental.⁴⁰⁷

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, inclusive, presta tributo ao ativismo como dado compreendido normalmente na atividade jurisdicional relativa ao controle de constitucionalidade, dando-o, enfim, por instrumento indispensável à concretização da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais nela previstos, o que se pode perfeitamente deduzir de manifestações de seus Ministros, com certa habitualidade⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵STRECK, Lênio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Ed. Livraria do Advogado, p.33.

⁴⁰⁶cf. ROSA, Alexandre Moraes da. *O juiz veste Prada? o sentido da Deriva Hermenêutica no pós CR 88 – Constituição & ativismo judicial. Op. Cit.*, p.25

⁴⁰⁷SILVA, Ovídio Baptista da. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna – Jurisdição, direito material e processo.* Ed. Forense, p. 263-282.

⁴⁰⁸Em discurso recente, quando da posse do Min. Cezar Peluso na Presidência do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2010, discursou em sua homenagem o Min. Celso de Mello, que em meio ao pronunciamento afirmou: “...Cabe destacar ainda, Sr. Presidente, no plano das nossas práticas institucionais, uma outra questão de relevo evidente, que tem sido objeto de reiteradas controvérsias instauradas perante o Judiciário. Refiro-me à crescente judicialização das relações políticas, derivada de expressiva ampliação das funções conferidas a Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros legítimos dos conflitos que se registram na arena política, conferindo, à instituição judiciária, um protagonismo que resulta, naturalmente, do papel que se lhe cometeu em matéria de jurisdição constitucional, o que atribui – considerada essa visão pluralística do processo de controle de constitucionalidade – ampla legitimidade democrática aos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive naqueles casos em que esta Suprema Corte, regularmente provocada por grupos parlamentares minoritários, a

À vista disso, não há negar, por certo, as possibilidades do ativismo, a par da judicialização da política, porém – e como já salientado – dentro das balizas técnicas capazes de justificá-lo, atinentes à ordem constitucional, notadamente aos direitos fundamentais nela inscritos – sua ordem de valores primordial -, ou ainda a diretivas internacionais recepcionadas internamente⁴⁰⁹.

Daí a oportunidade para lembrar a valiosa ponderação teórica no sentido de que: “A nossa resposta é decididamente negativa se recortarmos com rigor os limites do activismo judicial. Desde logo, limites jurídico-constitucionais, ou seja, limites de direito constitucional positivo. Mesmo quando juízes se podem assumir tendencialmente como legisladores negativos (ao declararem inconstitucionalidade de normas) ou criadores de direito (ao elaborarem norma para a decisão do caso), os juízes estão vinculados à Constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de competências e ao princípio democrático.”⁴¹⁰

2.- Direito Processual Coletivo e Processo Coletivo

Desde os primeiros instantes em que, ainda nos albores dos anos oitenta, efervesceram os debates doutrinários acerca dos interesses difusos e sua proteção judicial, já se desenhava a possibilidade de uma evolução e consolidação da matéria por intermédio de uma teoria geral bem consolidada.

A relevância social, tanto quanto as dimensões política e econômica dos interesses de massa, realmente, colaboraram imensamente para a intensificação da produção acadêmica

estes reconheceu – pelo fato de o direito das minorias compor o próprio estatuto do regime democrático – o direito de investigação mediante comissões parlamentares de inquérito, tanto quanto proclamou, em respeito à vontade soberana dos cidadãos, o dever de fidelidade partidária dos parlamentares eleitos, assim impedindo a deformação do modelo de representação popular.” (www.stf.jus - acessado em 20.12.2102)

⁴⁰⁹Ativismo, realmente, não pode ser confundido com arbitrariedade ou raciocínio à base da criação de enunciados performativos, que valem por si, independentemente da realidade, como pura expressão de arbítrio hermenêutico infundado. (cf. STRECK, LÊNIO. *Verdade e consenso*. Ed. Saraiva, p. 51-57)

⁴¹⁰CANOTILHO, J.J. Gomes. *Judicialismo e política – Tópicos para uma intervenção – Constituição e processo – Entre o direito e a política*. Ed. Forum, p. 145. Organização: Felipe Machado e Marcelo Cattoni.

sobre o assunto, até por ser nitidamente divisível no âmbito da jurisprudência a efetividade dos resultados obtidos em proveito de interesses sociais significativos.

Nota-se hoje que as preocupações iniciais em torno de pontos sensíveis, tais como legitimidade ativa, coisa julgada, transformação da consciência e poder da magistratura na solução de conflitos de massa foram sendo paulatinamente equacionados e se hoje ainda não têm uma solução satisfatória, ao menos já se possui, além de uma noção mais adequadas sobre a especificidade das técnicas processuais empregáveis, uma experiência acumulada, suficiente, por exemplo, para a edificação – como já ocorreu – de um anteprojeto de legislação codificada para a tutela de interesses dessa natureza.

Neste instante, a propósito, já não há pejo em apresentar à comunidade acadêmica um sedimentado ramo do direito processual civil designado *direito processual coletivo*, estruturado sobre princípios e técnicas esquadrihados segundo as especificidades do assunto, que se vai disseminando com autonomia⁴¹¹.

Tornou-se, então, parte da realidade da ordem jurídica processual brasileira produção científica de excelente nível, que vai fomentando uma certa concepção sobre a principiologia particular do universo das ações coletivas, com recortes peculiares e de forte interesse sob o ponto de vista técnico-processual⁴¹².

Dessa maneira, pode-se contabilizar uma série de postulados novos, ou tomados de empréstimo do direito processual comum, com releitura sob a ótica dos conflitos de interesses transpessoais, cujos mais comuns são: (a) *princípio do acesso à justiça*; (b) *princípio da universalidade da jurisdição*; (c) *princípio da participação*; (d) *princípio da ação*; (e) *princípio do impulso oficial*; (f) *princípio da economia*; (g) *princípio do devido processo legal coletivo ou do devido processo social*; (h) *princípio da tutela diferenciada*;

⁴¹¹“Vinte anos de experiência de aplicação da Lei da ACP, quinze de CDC, numerosos estudos doutrinários sobre a matéria, cursos universitários de graduação e pós-graduação, sobre processos coletivos, inúmeros eventos sobre o tema, tudo autoriza o Brasil a dar um novo passo rumo a uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo da ciência processual, autônomo na medida em que observa seus próprios princípios e seus institutos fundamentais, distintos dos princípios e institutos de direito processual individual.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo – Tutela coletiva : Vinte anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos; Quinze anos do Código de Defesa do Consumidor*. Ed. Atlas, p. 302. Coordenador Paulo Henrique dos Santos Lucon)

⁴¹²cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo*. Ed. Saraiva; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. Ed. Malheiros.

(i) *princípio da absoluta instrumentalidade da tutela coletiva*; (j) *princípio da interpretação pragmática*; (k) *princípio da não taxatividade da ação coletiva*; (l) *princípio da presunção de legitimidade ad causam ativa pela afirmação do direito*; (m) *princípio da disponibilidade motivada da ação civil pública*; (n) *princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo*; (o) *princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva*; (p) *princípio da máxima efetividade do processo coletivo*; (q) *princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva*; (r) *princípio do ativismo judicial*; (s) *princípio da representatividade adequada*; (t) *princípio da coisa julgada diferenciada*; (u) *princípio da adequada certificação da demanda, dentre outros*⁴¹³.

Obviamente, não seria o caso, aqui, de passar em revista cada um deles, os quais, observados assim, pela rama, testemunham um soberbo interesse em sistematizar a temática da tutela coletiva, embora sobre alguns possa pesar a possibilidade de crítica pela confusão entre efeitos naturais ou escopos ínsitos à jurisdição coletiva com a idéia de preceitos, que nessa condição requereriam, no mínimo – e para preservação da pureza conceitual dessa categoria jurídica –, um certo índice de normatividade⁴¹⁴.

O dado relevante, ademais, é a estabilização técnica do que seja o processo coletivo ante uma consolidada doutrina nacional a respeito, restando bem solidificada a certeza de que sua caracterização se dá pelo objeto, ou seja, os interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Daí porque é oportuna a seguinte e oportuna ponderação doutrinária: “A *compreensão do que seja um processo coletivo se aclara quando o tema vem abordado*

⁴¹³GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit.; ZANETI JR., Hermes e DIDIER, Fredie, op. cit.; ALMEIDA, Gregório Assagra de, op. cit.; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. Ed. Malheiros.

⁴¹⁴Claro, a observação não desmerece o trabalho de pesquisadores e juristas que vêm tentando robustecer o processo coletivo sob o prisma epistemológico, confessando-se, inclusive, a causa próxima dessa ponderação nas reiteradas manifestações de LÊNIO STRECK sobre o fenômeno que ele vem designando como *pamprincipiologismo*, ou seja, o modo desabrido com que parte da doutrina estrutura sua argumentação sobre a formulação de princípios, nem sempre arrimáveis no sistema jurídico. Afirmar, por exemplo, que se trate de princípio o *ativismo judicial* apenas por se tratar de tutela coletiva parece um tanto açodado, pois o fenômeno traz consigo tantas e tão díspares conceituações técnicas – entre elas até mesmo a imputação de um possível caráter ilícito – que impossibilita torná-lo de pronto uma diretriz cogente em sede de ações coletivas. A mesma percepção se dá, por exemplo, quando se cogita de um princípio da máxima efetividade do processo coletivo, como se fosse possível em outra seara – a do processo comum, por exemplo – tolerar uma efetividade de grau menor. É fora de dúvida, isto sim, que a tutela ou é efetiva ou não é, sem comportar na escala da teoria do processo uma gradação com índices admissíveis ou inadmissíveis.

por dois prismas: (i) pela sua face negativa, permitindo o descarte de casos pseudo-coletivos, onde os interesses individuais estão apenas somados e ou neles não predominam os elementos comuns que pudessem lhes dar coesão. Ada Pellegrini Grinover chega a afirmar, com esboço na experiência das class actions for damages (correspondentes à nossa ação coletiva para interesses individuais homogêneos) que em tais casos faltará uma das condições da ação: Prevalecendo as questões individuais sobre as comuns, os direitos individuais serão heterogêneos e o pedido de tutela coletiva se tornará juridicamente impossível; (ii) por sua face positiva, reconhecendo-se uma ação coletiva quando verificada que uma certa faixa do universo coletivo irá receber a projeção de eficácia do comando judicial indistintamente, pois que sejam os sujeitos concernentes.⁴¹⁵”

É certo, sem dúvida, que mesmo em se admitindo essa conceituação há de se fazer atenção à sutilezas, como por exemplo a ligada ao fato de que o processo coletivo pode eventualmente servir de veículo apropriado para tutela judicial a direitos individuais, quando então se dá a tutela coletiva a direitos que não perdem essa característica apenas por isso, como o caso próprio dos denominados interesses individuais homogêneos⁴¹⁶.

Mesmo assim, todavia, não resta invalidada a idéia de que o processo coletivo é o locus da tutela a interesses coletivos, ou em outras palavras, os naturalmente coletivos, embora no seu âmbito possam se encontrar aqueles acidentalmente coletivizados para fim de tutela.

2.1.- Jurisdição Coletiva e o Devido Processo Legal Coletivo

Variados motivos geram para o universo da jurisdição coletiva peculiaridades presumíveis, antevistas desde sempre, pode-se dizer, por tantos quantos se envolveram com as pesquisas e investigações científicas a respeito.

⁴¹⁵MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. Ed. RT, p.61.

⁴¹⁶MENDES, Aluísio de Castro Mendes. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. Ed. RT, p.29. No mesmo sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. Ed. RT, p.40-41.

Dentre os elementos a tornar bastante particularizada a atuação do Judiciário certamente se destaca o relativo à proteção de *interesses de cariz coletivo*, no que desde sempre se encontrava implicada uma essência política, inerente, de modo ordinário, às relações a que dissessem respeito, até por serem tipicamente *de massa*, tornando necessárias escolhas entre os que se refiram a pretensão e aqueles normalmente contrapostos.

Por força dessas circunstâncias, e ainda antes que houvesse experiência doutrinária e judicial no cuidado com o tema, lúcidos posicionamentos científicos já davam conta de indicar esse problema, como se pode conferir: *“Salta a vista o aspecto político da tutela dos interesses difusos, na medida em que é evidente que os procedimentos normais de mediação do sistema político mostraram sua insuficiência, daí resultando o conflito de massa. O problema fundamental da tutela desses novos interesses reside, assim, na correta colocação institucional dos procedimentos de mediação que têm por objeto a solução de conflitos metaindividuais.”*⁴¹⁷

Nesta via de raciocínio, não somente a dimensão coletiva, mas notadamente o aspecto de se lidar no caso com a guarida judiciária de interesses – e não apenas direitos coletivos – sela a dificuldade reportada, mesmo porque são eles vislumbráveis apenas como uma idéia de vantagem situada entre uma intenção e um direito, inerente a grupo e obviamente marcado, também, por um certo cunho ideológico, a fomentar a contraposição frente a outros de similar natureza⁴¹⁸.

O exercício da atividade jurisdicional muda seu tom e dom⁴¹⁹, pois inçada de um propósito de repercussões mais alargadas, ou políticas, enfim⁴²⁰, uma vez que a

⁴¹⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos. – A tutela dos interesses difusos*. Ed. Max Limonad, p.32. Coordenação: Ada Pellegrini Grinover.

⁴¹⁸“Humberto Quiroga Lavié, colocando o interesse jurídico numa escala que antecede a formação do direito subjetivo, aponta para as necessidades de proteção daquele como medida preventiva objetiva: *Proteger ao interés jurídico antes que nazca un derecho subjetivo exigible implica cumplir la funcion preventiva del Derecho en bebeficio del sistema jurídico en su globalidade y no solamente en beneficio de los sujetos afetados.*” (*“apud”* MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Op. Cit.*, p.207) Em igual sentido, com apoio em lições de Proto Pisani e Vigoriti, VENTURI, Elton. *Op. Cit.*, p.46-47.

⁴¹⁹Sobre essa questão, diz MAURO CAPPELLETTI: “Mas, no caso de ações para tutela dos interesses coletivos (que, por brevidade poderiam oportunamente chamar-se ações coletivas), tais esquemas resultam evidentemente inadequados. A parte não age sobretudo somente por si, mas para a coletividade: é a comunidade inteira que deve ser reintegrada no gozo de seu direito coletivo. E como isso comporta,

deliberação, de regra, elegerá o amparo a valores ou princípios ou políticas concordantes com a posição ideológica de um grupo em detrimento daquela inerente a concepção de outros adjacentes.

Dispensável frisar, desse ponto de vista, que essa jurisdição atuará em regra sob um prisma eminentemente prospectivo, notadamente quando se desincumbir da provisão de meios para a realizabilidade de valores ou preceitos não legislados ou legislados insuficientemente, geradoras de interesses de diversos matizes, como ocorre, por exemplo, em relação a adjudicação de direitos sociais.

Trata-se, então, de uma jurisdição diferenciada, com uma presença mais efetiva, ou seja, condutora, do juiz, exercida sob o signo de uma precaução, haja vista a necessidade de tutela providencial e pronta desses interesses em situação de ameaça, com possibilidade de adaptação procedimental, e, afinal, dentro de um processo que há de ser cooperativo, para a adoção da solução mais adequada à demanda.

De resto, sob o ponto de vista do *devido processo legal coletivo*, importa apenas concordar, realmente, com o diagnóstico de há muito feito pela doutrina, pois a estrutura do devido processo legal tradicional carece de adaptação à realidade específica da ação coletiva.

Nesse sentido, é corrente referência a essa compatibilização, tal como: “*Sob tais perspectivas é possível determinar-se, assim, uma releitura do princípio do devido processo legal, que parece assumir uma vocação coletiva, daí mensurando-se os*

obviamente, o aprimoramento das exigências de lealdade e colaboração das partes e do interventivo e controle do juiz sobre o processo, assim comporta, outrossim, que os efeitos das decisões devam estender-se também aos sujeitos não presentes na causa. Vimos, de fato, como em quaisquer tipos de ações coletivas os efeitos das decisões tendem a verdadeiramente operar erga omnes...” (*Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, RePro, v.05, p.128)

⁴²⁰“Como se vê o acesso dos interesses metaindividuais à justiça trouxe o dado político-social para o âmbito da função judicante, antes limitada a resolver crises exclusivamente jurídicas, com a subsunção dos fatos à norma de regência, numa perspectiva individual, confortada pelo próprio contingenciamento da eficácia da coisa julgada somente às partes do processo. Muita vez, por conta da judicialização daqueles mega-interesses, o Judiciário é levado (se presentes as condições da ação e os pressupostos do processo) a intervir no mérito de controvérsias de largo espectro, onde não raro a atividade judicante acaba por se aproximar do campo das escolhas primárias ou das opções políticas. Assim se dá quando vêm judicializada, numa megalópole como São Paulo, controvérsias como a que envolve a destinação final dos resíduos urbanos (aterro sanitário ou incinerador?) ou o transporte de massa (metrô de profundidade ou incremento da malha viária de superfície?)” (MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Op. Cit.*, p.77)

*contornos do devido processo social, dependente muito mais que da ampliação e da desburocratização do aparelhamento judiciário ou de alterações legislativas, do abandono da dogmática em prol da efetividade da prestação da justiça, da compreensão do papel que o Poder Judiciário deve desempenhar na construção do Estado Democrático de Direito, mediante a afirmação dos direitos individuais e fundamentais sociais.*⁴²¹”

Verdadeiramente, o *due process of law* é o primado fundamental do processo civil brasileiro, lançado que se encontra em dispositivo específico (art. 5º, LIV) da Constituição Federal, nele concentrando, também como valor, a garantia essencial da dignidade humana no seio das relações processuais⁴²².

Trata-se, em última análise, a garantia geral relativa ao processo justo⁴²³, em que as relações entre partes e Estado-Juiz se desenvolvam segundo preceitos éticos prestabelecidos⁴²⁴, com a finalidade de viabilizar um pronunciamento judicial adequado, sendo certo que a doutrina tem se desenvolvido no sentido de estipular que esse postulado reclama para o processo um complexo de fatores, tais como o direito de ação, o direito à defesa, a celeridade e congruência lógica do procedimento, a segurança jurídica ou certeza, o contraditório, além de outros preceitos ético-jurídicos julgados imprescindíveis⁴²⁵.

A propugnada redefinição do preceito no âmbito das ações coletivas, realmente, se coliga a aspectos de relevo, a começar pelo fato de se ter em mente o processo como uma categoria jurídica ontologicamente valiosa e substancial em termos técnicos, dotada, de uma elevação inegável no texto da Carta, longe de representar, portanto, mero instrumento

⁴²¹VENTURI, Elton. *Op. Cit.*, p.151.

⁴²²“O princípio constitucional fundamental do processo civil, que entendemos como base sobre a qual todos os outros princípios e regras se assentam, é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*. A Constituição Federal brasileira de 1.988 fala expressamente que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É , por assim dizer, gênero do qual todos os demais princípios e regras são espécies” (NERY JR., Nelson. *Op. Cit.*, p.77)

⁴²³VIGORITTI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Giuffré, p.47.

⁴²⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. Ed. José Butchatsky, p.11-13.

⁴²⁵COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Ed. G. Giapichelli, p.51-53.

ou método de trabalho, já por trazer consigo o atributo de ser um dos meios pelo qual o Estado concretiza direitos, tornando-o, por isso mesmo objeto de um direito fundamental.

Inolvidável, por conseguinte, que se fala de um processo no âmbito particular do Estado Democrático de Direito, cujos compromissos com a promoção de justiça substancial são mais pronunciados, em cujo contexto se pode também salientar que o processo se faz instância distributiva de direitos, como modo de preservação e promoção de isonomia e cidadania, assumindo um papel inevitavelmente político.

Insiste-se, o Estado Democrático de Direito, confirma a superação da neutralidade do processo, que, assim, se rende, por um lado, à influência do direito material, e, por outro, se obriga a se moldar em consonância com o modelo constitucional do processo, pois: “*No seio da Constituição há um método principiológico elaborado com o intuito de fornecer alguns valores imprescindíveis à legitimidade da atividade jurisdicional e do seu resultado. É que esse objetivo, voltado à legitimação, também se vincula a um modelo procedimental mínimo, ao qual a jurisdição deve a necessária reverência. É como se o direito processual civil – e o próprio processo – possuísse uma identidade ou um núcleo duro. A essência procedimental do direito processual civil se encontra positivada em normas constitucionais.*”⁴²⁶

Nessa ótica, vale lembrar, há mesmo que ver o momento atual como aquele em que a idéia de *modelo constitucional de processo* atravessa uma segunda, na qual ele é, sobretudo, atravessados pela influência de uma série rica de fatores, tais como a normatividade dos princípios, a impregnação das diretivas inerentes aos direitos fundamentais, que passam a ser também parte do esquema de filtragem constitucional a que ele fica inegavelmente submetido⁴²⁷.

⁴²⁶DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando; CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. *A tutela jurisdicional no Estado Democrático de Direito: algumas notas – Tendências do moderno processo civil brasileiro – Aspectos individuais, aspectos individuais e coletivos das tutelas das tutelas preventivas e ressarcitórias. Estudos em homenagem a Ronaldo Cunha Campos*. Ed. Forum, p.436.

⁴²⁷ “Sem descurar da ideia de que o processo serve potencialmente de proteção contra o arbítrio do Estado, a segunda constitucionalização representa um momento em que a nova teoria das normas e a metodologia dos direitos fundamentais são incorporadas ao discurso processual civil. Vale dizer: de um lado, processo civil passa a emprestar relevo à normatividade dos princípios, das regras e a reconhecer a aplicabilidade dos postulados normativos, trabalha com textos redigidos com termos jurídicos indeterminados e como cláusulas gerais, de outro, outorga importância à autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, à proibição de proteção insuficiente, de proteção excessiva e de retrocesso na proteção dos direitos fundamentais, além de atentar para

Daí, por certo, a adaptabilidade da idéia de um *devido processo social*, que desde sua origem fora empregada no sentido de identificar a lide de massa, sobretudo sob prisma de lide aberta à participação de grupos sociais, que requer, portanto, um redimensionamento da concepção de contraditória, das condições de participação dos sujeitos processuais, e em particular do Juiz, para a construção de uma solução adequada, justamente por seu caráter transcendente⁴²⁸.

Nesse rumo, embora não se colha em sede doutrinária uma idéia precisa, já por estar se desenvolvendo ainda a esse respeito, pode-se dizer que os pontos cruciais sobre os quais recai o foco primordial da questão, ou seja, a representatividade adequada, a atividade de partes e magistrado na construção da resolução mais adequada e justa, podendo-se, dessarte, referendar neste ponto o escólio segundo o qual: *“O bom manejo de um processo coletivo começa pela conscientização de que se trata de uma especial modalidade de acesso à Justiça, que uma vez intentada não comporta tergiversações em meio ao percurso, nem se recomendam soluções de meio-termo, que acabam induzindo um mélange com jurisdição singular, levando que ao fim e ao cabo já não se saiba com qual ambiente judiciário-processual se está falando. Ao propósito anota Ricardo de Barros Leonel: ‘É inevitável a identificação de uma nova função de natureza política e democrática do processo, pela atuação do denominado processo coletivo. O fenômeno rende margem à participação de entidades distintas do próprio aparato estatal sistematizado pelos órgãos governamentais, na formulação de novos caminhos a serem seguidos pela sociedade. Resta manifesta a dimensão política do processo, nas opções*

dimensão objetiva desses, cuja eficácia irradiante impõe o dever de interpretação da legislação de acordo com os direitos fundamentais” (MITIDIERO, Daniel. *As relações entre o processo civil e a Constituição Federal na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual brasileira*. RT 915/501)

⁴²⁸“No debate sobre ações de finalidade coletiva, amiúde surge o argumento de que elas não se acomodam confortavelmente à garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LV) ao argumento de que este se plasma pelo contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, ao passo que no trato processual coletivo não há como exigir a presença direta e pessoal dos sujeitos concernentes a um dado interesse metaindividual(...) De resto, também na jurisdição singular pode ocorrer – embora excepcionalmente – um distanciamento entre a titularidade da pretensão material e o poder de agir em juízo, como, por exemplo, se dá quando o direito líquido e certo de um sujeito é representado em juízo por outrem (art. 3º da Lei 1533/51): tais condutas tornam-se possíveis desde que haja autorização legal, como exigido pelo art. 6º do CPC. A diferença, porém, reside em que na ação individual o efeito prático do julgado recai no substituído – por ser o titular do direito material em lide – ao passo que no plano coletivo esse efeito é bifronte, projetando-se em benefício da coletividade concernente ao conflito, e também em face do autor ideológico, porque se a ação for decidida pelo mérito, em cognição plena e exauriente (ou seja, fora da hipótese de insuficiência da prova) a coisa julgada também vinculará o autor coletivo, e já outra ação não poderá ser proposta envolvendo o mesmo objeto.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. Cit.*, p.269)

relacionadas às decisões fundamentais a serem tomadas pelo Estado.’ Adiante ressalta um dos pontos cruciais dessa problemática: ‘A solução dos conflitos não reflete mais simplesmente a aplicação ou não do direito positivo, mas também a realização de opções políticas, e ainda a interferência de amplo espectro na vida em sociedade. Assemelha-se de certo modo às opções que são levadas a termo pelo próprio legislador, ao editar o ordenamento positivo, e pelo Executivo ao determinar a condição dos negócios do Estado. É a visão do processo coletivo como instrumento de integração democrática, participativa, de cunho técnico-jurídico e político, como vertente metodológica do denominado instrumentalismo substancial.’⁴²⁹”

2.2.- Public Litigation , Ação Civil Pública e Direitos Fundamentais.

Geneticamente falando, as ações coletivas se forjaram, como instituição, a partir das urgências do *acesso à justiça*, que de seu turno carrega em si um fundamento coligado à inclusão, ou melhor afirmado, à cidadania processual a uma legião de sujeitos desprovidos de condições para fazerem o percurso de suas pretensões nessa via⁴³⁰.

Não seria, pois, asserção graciosa ou pendente de prova aquela confirmatória do vínculo umbilical entre tutela jurisdicional coletiva e direitos sociais, pois desde sempre pareceu meio mais do que indicado para tanto⁴³¹.

A proteção a interesses cuja difusão ou densidade coletiva são denotativas não apenas de sua indivisibilidade mas também da alta probabilidade de se referirem a um interesse público, como, por exemplo, aquele inerente a políticas de segurança, saúde,

⁴²⁹*idem*.

⁴³⁰“A concepção tradicional de processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas com um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público, não se enquadravam bem nesse esquema.(...) As reformas discutidas a seguir são a prova e os resultados das rápidas mudanças que caracterizaram essa fase. Verifica-se um grande movimento mundial em direção a que o Professor Chayes denominou litígios de *direito público* em virtude de sua vinculação com assuntos importantes de política pública, que envolvem grandes grupos de pessoas.” (CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. Ed. Sergio Antonio Fabris, p.50. Tradução de Ellen Gracie Northfleet)

⁴³¹“A temática do acesso à Justiça, sem dúvida, está intimamente ligada à noção de justiça social. Poderíamos dizer que o acesso à Justiça é tema ponte a interligar o processo civil com justiça social.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. Ed. RT, p.22)

transportes e afins, dado que não escapou à observação da doutrina, notadamente à vista de determinadas práticas judiciais norte-americanas relativas ao tema.

O fato é que as *public litigations*, em princípio, e empiricamente, notadas como uma modalidade especial de *class actions*, já se desenvolvem perante o Judiciário estadunidense, como modalidade viabilizadora de ação afirmativa em prol de direitos sociais de diversificadas espécies⁴³².

Dessa maneira, a doutrina vai também, em sede de juízo comparativo, vai aproximando os territórios dessas modalidades de empresas processuais, vislumbrando identidade e compatibilidade entre elas, de sorte a se somar na tradicional teoria nacional sobre as ações coletivas, já porque crescente, por outro lado, a utilização da ação civil pública – mais particularmente – como meio processual voltado à implementação de políticas sociais – públicas – de toda e qualquer ordem.

À vista disso, por exemplo, já se escreveu: “*Os processos coletivos servem à litigação de interesse público; ou seja, servem às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade. Interesses de uma parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida, a exemplo dos consumidores, do meio-ambiente, do patrimônio artístico, cultural e histórico, bem como, na defesa dos necessitados e dos interesses minoritários nas demandas individuais clássicas (não os dois habituais pólos destas demandas, credor/devedor). Melhor dizendo, não interesses minoritários, mas sim interesses e direitos marginalizados, já que muitas vezes estes estão representados em número infinitamente superior aos interesses ditos majoritárias na sociedade, embora não tenham voz, nem vez.*”⁴³³

O manejo das ações coletivas com essa finalidade vem se constituindo um desafio de particular ordem ao Judiciário, sobretudo quando se cuida da implementação de políticas

⁴³²cf. VILLONI, Massimo. *La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso – La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Giuffrè.

⁴³³ZANETI JR., Hermes e DIDIER, Fredie. *Op. Cit.*, p.37.

públicas para educação, saúde e moradia, tríplice pressuposto da vida digna, tal como promove o Texto Constitucional.

Nessa modalidade de demanda, aliás, é que se firma o processo coletivo como instrumento concretizador de direitos fundamentais e da igualdade material, atingindo, sem favor qualquer, a condição de instrumento de governo judiciário distributivo, co-partícipe do empreendimento político de consolidação da liberdade de fato e da democracia social participativa.

As conseqüências disso, as posições doutrinárias a respeito - normalmente controvertidas -, inspiram o presente trabalho, pois é indispensável compreender a jurisdição, e particularmente a coletiva, no âmbito do Estado Democrático de Direito, sobretudo em perspectiva das possibilidades de seu desempenho nesse mister de adjudicar direitos sociais, tanto quanto seus limites, em prol do equilíbrio democrático de suas instituições, igualmente um de seus principais escopos.

CAPÍTULO IV

JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS, POSSIBILIDADE E LIMITES

1.- Direitos Sociais e Políticas Públicas. 1.1.- O Significado da Justiciabilidade dos Direitos Sociais Sua Impossibilidade. 2- Jurisdição Coletiva e Direitos Sociais: As Possibilidades e Os limites indispensáveis à Justiciabilidade.

1.- Direitos Sociais e Políticas Públicas.

Frente aos vínculos compromissórios inatos ao Estado Democrático de Direito quanto à promoção de democracia e justiça sociais, sua realizabilidade passa a ser uma missão da qual ele tem de se desincumbir, ampliando os horizontes da igualdade de fato na sociedade política.

Trata-se então de sua tarefa primordial de concretizar a ordem constitucional, o que deve providenciar por meios proporcionalmente adequados, com observância rígida em relação ao regime jurídico dos direitos sociais, tendo de arrostar aí, seguramente, os fatores reais de poder.

Nessa linha de consideração, é oportuno dizer que essa missão constitucional é desempenhada por intermédio da política, vista nesse caso, como atividade inerente à função de governo que toca à Administração, concernente a um complexo de atos em ordem a alcançar as finalidades inerentes ao Estado.

Destarte, sendo verdadeiro que política corresponde às atividades empreendidas em prol da polis – Estado -, as políticas públicas, ou sociais, são apanágio do Estado Democrático de Direito, institucionalmente funcionalizado ao alcance de objetivos

político-sociais, alicerçados no grande plano de extensão da igual e material condição de dignidade de forma universalizada⁴³⁴.

Óbvio, portanto, que essa realidade revela a intimidade de laços entre políticas públicas e os denominados direitos sociais fundamentais, que desde sua origem são vocacionados à correção das desigualdades sociais e perfeita equalização da sociedade política no tocante às mínimas condições materiais de existência entre os membros da comunidade política.

Indispensável a esta altura, pois, ir em busca de uma definição satisfatória do que sejam as políticas públicas, dado decisivo para o desenvolvimento do presente estudo, anotando-se de logo, todavia, as inúmeros dificuldades doutrinárias no tocante à sua edificação.

A diversidade de olhares justifica todas as divergências.

Para esclarecer o significado de *políticas públicas*, e partindo-se da gramática própria às relações Estado – Sociedade, contexto delas indissociável, é possível afirmar que sejam programas de ação governamental com vistas à implementação de direitos sociais⁴³⁵.

Vale a transcrição, por oportuno, de entendimento elucidativo a respeito de seu valor intrínseco, ou seja: “*As políticas são instrumentos de ação dos governos – o government by policies que desenvolve e aprimora o government by law. A função de governar – uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da idéia de política pública redirecionando o eixo de organização do governo das leis para as políticas. As políticas são uma evolução em relação à idéia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao government by men, anterior ao constitucionalismo.*”⁴³⁶

⁴³⁴AITH, Fernando. *Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos – Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. Ed. Saraiva, p.217-246.

⁴³⁵COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas – Rumo à Justiça*. Ed. Saraiva, p.282-300.

⁴³⁶BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. Ed. Saraiva, p.252.

No cenário do Estado Democrático de Direito, portanto, são todo complexo de atividades desenvolvidas de modo procedimentalizado e com vistas ao alcance da finalidade de implementar, enfim, direitos sociais garantidos pela Constituição Federal⁴³⁷.

De qualquer sorte, para que tenha ainda uma visão mais aproximada, pode-se dizer, realmente, que: *“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou de um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.”*⁴³⁸

Importa salientar, sob o ponto de vista geral, a concepção de uma política pública demanda, claro, atividades variadas, já porque sendo destinada a fins condizentes com uma postura estatal intervencionista, dependerá de planejamento, orçamentação, desenvolvimento de meios adequados, execução e controle de resultados, restando por isso mesmo bastante claro que a procedimentalização se mostra ingrediente imprescindível, dada, claro, a complexidade das situações, a escassez orçamentária, os interesses divergentes, entre outros fatores.

Desse ponto de vista, importa realçar: *“As políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito. A locução conjunto de processos conota os procedimentos coordenados pelo governo para*

⁴³⁷“...políticas públicas como um complexo de processos que, partindo da formulação de atividades coerentes, finalisticamente vinculadas, passam pelo planejamento, orçamentação e chegam à execução dos cometimentos administrativos postos constitucionalmente a cargo do Estado.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas – Políticas públicas: possibilidades e limites*. Ed. Forum, p. 58. Organizadores: Cristiana Fortini, Julio Cesar dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca Dias)

⁴³⁸BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito – Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. Ed. Saraiva, p.39

*a interação entre sujeitos ou entre estes e a Administração, com exercício do contraditório. No processo explicitam-se e contrapõem-se os direitos, deveres, ônus e faculdades dos vários interessados na atuação administrativa, além da própria Administração*⁴³⁹,”

Este, sem dúvida é o melhor método, frisando-se, ademais, a tendência crescente da procedimentalização ou processualização da Administração Pública em toda a extensão de suas atividades, como um meio democrático de se levar a bom termo suas responsabilidades.

Noutro giro, carece trazer a lume ainda a questão da forma pela qual se expressam as políticas públicas, tópico em que se constata sua edição por intermédio de atos administrativos, ou seja, resoluções, portarias, decretos e outros meios similares, podendo vir formatadas, outrossim, via leis, codificadas ou não.

Assim, têm as políticas públicas uma dimensão jurídica, sim, já que cabe ver o seguinte: *“Mantendo-se no âmbito interno, as políticas públicas são conjunto de ações e programas de ação governamental que se valem precípuamente de normas jurídicas para moldar e impulsionar a consecução dos objetivos estabelecidos. A norma jurídica desempenha função de plasma os objetivos, as diretrizes, os meios da atividade estatal dirigida. Por isso a norma é fundamental no contexto presente, tanto para a viabilização da política como para a realização dos direitos que se visa proteger.”*⁴⁴⁰,”

E se merece destaque a dimensão jurídica das políticas públicas sob o prisma formal, inolvidável, também, a juridicidade no campo material, já porque sua implementação estará desde sempre condicionada a preceitos jurídico-constitucionais, com cujo núcleo normativo deverão se compatibilizar.

⁴³⁹BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op. Cit.*, p.264. Também é relevante o conceito seguinte: “Política pública é a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos humanos.” (AITH, Fernando. *Políticas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos – Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. Ed. Saraiva, p.232.

⁴⁴⁰MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas – Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. Ed. Saraiva, p.66.

O que se há de encarecer, a respeito, naturalmente, é que em caso de intervenção por parte do Executivo, por exemplo, será imprescindível a concordância da política pública eventualmente estabelecida com o roteiro principiológico em evidência nas disposições do *art. 37 da Constituição Federal*, incidindo, assim, as diretivas da publicidade, impessoalidade, probidade, eficiência etc.

De resto, merece acentuação, ainda, a importante distinção que se faz entre política pública de Estado e política pública de Governo, classificação cujo critério diferenciador tem a ver com relevância.

Nestes passos, o que sucede é a maior relevância de *Políticas de Estado*, assim vistas porque formalmente estão alicerçadas na Constituição ou Leis Complementares, ou ainda Estatutos equivalentes, de que se deve extrair conclusão no sentido de sua indisponibilidade em relação a governos ou maiorias ocasionais, ao menos no quanto se refere não somente à efetivação, tanto quanto à continuidade.

Em contraponto, lobrigam-se as *Políticas de Governo*, fundadas apenas em atos ou deliberações de órgãos encarregados, um tanto mais maleáveis e de certo grau de disponibilidade.

Sobremais, vale acrescentar que as competências para a formulação de políticas públicas são ordinariamente *legislativas e administrativas*⁴⁴¹, seguindo-se a previsão constitucional a respeito (p. ex. CF/art.22), de onde se deduz, levando-se em conta os três poderes constituídos, implicar responsabilidade originária do Executivo e do Legislativo quanto a essa matéria.

É de se frisar, todavia, um dado essencial.

Democracia participativa, ainda que indireta, é um elemento constante no Texto Constitucional, colhendo-se dele um número expressivo de situações em que o

⁴⁴¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas – Políticas públicas: possibilidades e limites*. Ed. Forum, p.111-112. Organizadores: Cristiana Fortini, Julio Cesar dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca Dias.

Constituinte exigiu, por disposição expressa e clara, a participação da comunidade na elaboração e controle de políticas públicas.

Note-se, por exemplo, que o dispositivo do *art. 204, II da Carta* alude objetivamente à participação da população, por meio de representantes, na formulação de políticas e seu controle, no quanto diz respeito à assistência social. Situação equivalente, aliás, se vê ainda no dispositivo do *art. 194, VII da CF*, que às expressas impõe gestão democrática das políticas de seguridade social, com participação de trabalhadores e o mesmo ocorrendo em relação ao *art. 198, III da CF*, que também frisa a participação da comunidade na gestão da saúde.

Tudo isso se diz, a propósito, com a finalidade de realçar a co-titularidade da sociedade civil organizada na elaboração e controle de políticas públicas, algo a não ser olvidado.

Assim, realmente há de se ter presente que: *“Se do ponto de vista estritamente jurídico as políticas públicas podem ser definidas por meio de processos, ou como resultado de processos administrativos decisório, e se os processos administrativos decisórios reclamam a participação da sociedade (em função de todos os motivos acima enunciados), então não há como desvincular a participação social da atividade de formulação, decisão e execução de políticas públicas. Entendemos que a interação entre a sociedade e o Estado para a condição de políticas públicas, mais do que um bom instrumento para eficiência e legitimidade dessas políticas, é, no direito brasileiro um princípio constitucional, um imperativo repetido e refletido nas normas infraconstitucionais de organização da Administração Pública.”*⁴⁴²

⁴⁴²PEREZ, Marcos Augusto. *A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas – Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. Ed. Saraiva, p. 176. Organizadora : Maria Paula Dallari Bucci.

1.1.- O Significado de Justiciabilidade dos Direitos Sociais e as Discussões Sobre Sua Possibilidade

A expressão *justiciabilidade dos direitos sociais* tem sido amplamente utilizada de duas maneiras, ou seja: uma mais larga, que em verdade expressa apenas a possibilidade de judicialização das políticas públicas para sua implementação, podendo ser utilizada ainda em outro sentido, mais técnico e restrito, ou seja como pressupostos para o acolhimento de pretensão nesse sentido pelo mérito⁴⁴³.

O enfrentamento da questão nesse instante se dá observados o modo mais genérico em que se visualiza a denominada judicialização, vale dizer, apenas para discutir sua possibilidade e conveniência jurídica.

Nesse ponto, e em primeiro plano, houve desde sempre o desenvolvimento de uma concepção, por assim dizer, tradicional da tripartição de poderes, segundo a qual a especialização de funções deve ser tomada como dado insuperável sob o prisma teórico, o que desaguardaria na aceção de exclusividade de atuação política pelos poderes Legislativo e Executivo, cumprindo ao Judiciário um espaço de atuação meramente corretiva, tanto quanto neutra sob a ótica política.

Desse ponto de vista, o ato político, emanado pelos demais poderes estaria imunizado à investidas do Judiciário, já porque escolhas públicas não lhe competiriam, sob pena de, caso contrário, decorrer afronta grave à democracia e, enfim, à própria soberania popular.

Essa linha de argumentação veda ao Judiciário a alternativa⁴⁴⁴.

Dois fundamentos, porém, a afastam.

⁴⁴³WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional de políticas públicas – Mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis – O controle jurisdicional de políticas públicas*. Ed. Gen Forense, p. 213. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe.

⁴⁴⁴APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Ed. Juruá, p.248-249.

Inicialmente, de se lembrar a já suficientemente assentada concepção dos direitos sociais como direitos fundamentais dotados de eficácia, natureza jurídica que torna intolerável a ausência de garantias, pois são elas, afinal, o predicados inarredável de todo e qualquer direito, na esfera individual ou coletiva, inexistindo no seio da Constituição situação jurídica fundada em norma programática⁴⁴⁵.

O Poder Judiciário não é mais um poder neutro.

No Estado Democrático de Direito o Judiciário assume posição diferenciada e, por conta de se tratar de modo de organização política democrática cujo controle se faz pela via do Direito - força motriz da sua própria fisiologia política -, não a atividade jurisdicional amplia seu espectro⁴⁴⁶, alcançando inexoravelmente qualquer ato dos demais poderes, o que inclui os políticos⁴⁴⁷.

Acrescente-se, ademais, que na democracia constitucional, há de se buscar o lenitivo contra quaisquer imunidades, incluindo as do poder, ou seja: *“Encastelaram-se, destarte, no ramo executivo de poder do Estado as velhas prerrogativas regalianas do jus imperii, que só cederiam a controles externos, especialmente os de jurisdição, depois de uma saga apropriadamente denominada e descrita por Eduardo Garcia Enterria como a luta contra as imunidade do poder. Destacadamente, essa luta que cada país travou e muitos ainda travam, se concentrou em três campos de batalha, assim apresentados por Enterria: 1.º - as imunidades dos poderes discricionárias; 2º as imunidades dos poderes de governo; 3º as imunidades dos poderes normativos do Executivo, decorrentes da função regulamentar e das várias formas de exercício das funções legislativas delegadas. (...) Em suma, em razão dessa unidade conceitual – política e administrativa –que se atribui às políticas públicas, que prestigia o político em detrimento do jurídico, nelas se encastela a resistência ao controle judicial: tanto sob um pretexto supérstite da independência do Poder Executivo no exercício dessa função, não obstante mista, como sob o pretexto*

⁴⁴⁵SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculos à realização de direitos sociais – Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Ed. Lumen Juris, p.587. Coordenação Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento.

⁴⁴⁶COSTA, Suzana Henriques da. *Poder Judiciário no controle de políticas públicas: Uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal – O controle jurisdicional de políticas públicas*. Ed. Gen Forense, p.451.

⁴⁴⁷CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Ed. RT, p. 241.

*ultrapassada da suficiência do controle democrático formal, pelas urnas, para legitimar suas decisões. Ambas as justificativas já não mais procedem: tanto pela releitura contemporânea da separação de poderes, hoje muito mais uma separação constitucional de funções, quanto pela emergência do conceito valioso e material de democracia.*⁴⁴⁸”

Logo, essa crítica, igualmente improcede.

Sobre a eventual ilegitimidade do juízes para que realizem esse controle, não há porque recusá-la, haja vista o fato de que, nada obstante a forte possibilidade do denominado *ativismo judicial* – conforme já abordado – a legitimidade de seu papel provém, como consabido, dos limites constitucionais de sua atividade em casos dessa natureza, já que são precisamente a ordem de valores nela encerrada o objeto da concretização por meio de suas decisões⁴⁴⁹, o que é amplamente aceito, tanto em sede doutrinária⁴⁵⁰, como no próprio Supremo Tribunal Federal⁴⁵¹.

⁴⁴⁸MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas – Políticas públicas: Possibilidades e limites*. Op. Cit., p.52-53.

⁴⁴⁹“Em meu entendimento, as cortes não devem ser consideradas isoladamente, mas como fontes coordenadas do poder estatal, sendo partes integrantes de um sistema político mais amplo. De fato, a democracia leva-nos a assumir que o consentimento é a base da legitimidade, mas esse consentimento não é aquele que é dado separadamente a instituições individuais. O consentimento estende-se para o sistema estatal como um todo. A legitimidade de cada instituição presente no sistema não depende do consentimento do povo a ele submetido, individual ou coletivamente, mas da capacidade de uma instituição para executar uma função social dentro do sistema em questão. Nos Estados Unidos a legitimidade das Cortes e o poder que elas exercem na reforma estrutural ou em qualquer tipo de litigância constitucional são baseados na idoneidade do Judiciário para desempenhar sua característica função social, que é, como já sugeri, dar aplicação e significado concreto aos valores públicos incorporados à Constituição.” (FISS, Owen. *As formas de Justiça – Um novo processo civil*, Ed. RT, p.115)

⁴⁵⁰SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos – Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Ed. Lumen Juris, p. 515.; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. Ed. RT; por todos os demais.

⁴⁵¹“EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido. (AI 809018 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012)”

Mesmo os argumentos da denominada *crítica instrumental*, fundada em autores como Fuller, Ignácio Botelho de Mesquita, dentre outros, defendida também, e de maneira fundamentada, por Marcos Paulo Veríssimo⁴⁵², não convencem.

Os equívocos centrais da proposição passam inicialmente pela visão liberal do *processo civil brasileiro*, lente ideológica pela qual a questão da justiça distributiva foi examinada, o que equivale a passar ao largo da indispensável formatação do processo civil brasileiro no contexto do Estado Democrático de Direito, de tessitura social e não unicamente forjado para a tutela de liberdades negativas, a que, na percepção do autor e da doutrina de supedâneo ele deveria estar reduzido.

De outra parte, não há evidências claras, vinte e sete anos depois da vigência da Lei Federal nº 7347/85, que se possa afirmar que o juiz brasileiro ainda vive bitolado pelo processo intersubjetivo, não se encontrando preparado para decidir controvérsias de largo espectro social e político, o que, mais que uma presunção fundamentada em cultura alienígena – conquanto respeitável -, reflete uma negação da experiência judicial brasileira na resolução de conflitos envolvendo interesses metaindividuais.

Para além disto, é frágil a acepção de que conflitos banhados pelo policentrismo, vale dizer, multiplicidade e variedade de campos de implicação do decisório, sejam exclusivamente afeitos ao debate parlamentar, o que ignora, por primeiro, a presença desse fenômeno mesmo nos conflitos relativos à denominada justiça comutativa – uma vez inegáveis os denominados efeitos transcendentais e naturais a qualquer sentença, assim como a revolução do processo civil, notadamente na esfera das ações coletivas, com uma abertura para a intersecção de técnicas ampliativas do debate, a tornar mais expandido o caráter dialógico do processo, tais como a mediação incidental, conciliação etc.

Em acréscimo, aliás, precisa ser dito ainda que esse posicionamento passa ao largo da reconhecida flexibilização do procedimento, da influência decisiva do direito material sobre o processo, notadamente quando se cuide de lide envolvendo direitos fundamentais, além de outora dados da atualidade do processo coletivo, restando inevitavelmente comprometida sua admissão.

⁴⁵²A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil. O Processo Judicial no Pós-1988. www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde.../TeseMPV.pdf Acessado em 20.11.2012

2.- Jurisdição e Direitos Sociais: Possibilidades e Limites à Justiciabilidade.

Admitida a possibilidade de justiciabilidade dos direitos sociais, posição já defendida no item anterior, três aspectos precisam, ainda, ser analisados, ou seja: *(a) com que premissas se enfrenta a questão; (b) quais as alternativas reais de controle das políticas públicas, considerada sua estrutura e (c) quais os limites eventuais à atuação do Judiciário sob o prisma processual.*

(a) – Sobre as premissas do exame da matéria.

O ponto de partida inicial é o da possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas, levando em consideração, sobretudo, o modelo constitucional de processo, estribado no postulado da inafastabilidade da jurisdição, o que faz intolerável qualquer violação ou ameaça a direitos, ainda que por omissão abusiva, como se pode depreender do Texto Constitucional (CF, art. 5º, XXV).

Soma-se a isso, o fato de que os direitos fundamentais têm regime descrito no art. 5º, § 1º, isto é, aplicabilidade imediata, incluindo-se nesta mesma cláusula os denominados direitos fundamentais sociais.

Essa conclusão, naturalmente, se reforça ante a disposição constitucional que parametra as atividades do Poder Público (CF, art. 37), vazada em uma série de princípios, cuja natural maleabilidade na dicção, favorece um elevado nível de controle sob todos os aspectos, incluindo o mérito.

De qualquer sorte, essa posição também se remarca por uma diretriz essencial, ou seja, a substituição dos demais poderes pelo Judiciário é sempre pressupostos rígidos, isto é, o controle ou intervenção por meio da apropriação de atribuição dos demais poderes se realiza ante a urgência última das circunstâncias, e ainda assim com rigoroso lastro nas diretrizes constitucionais, em cuja defesa se dá nesse caso a atividade judicante.

De se recorder que ao fazê-lo exerce o Judiciário um controle de constitucionalidade de atos e omissões dos demais poderes, o que, de seu turno, obriga procedimentos e decisões fundadas na interpretação constitucional conforme e sempre alicerçada em fundamentação consistente.

Ademais, as peculiaridades da demanda cujo objeto seja a consecução de políticas públicas se avultam por diversos motivos, fazendo crer, pelo teor político da resolução buscada – afinal, ato de escolha pública –, frente, ainda, aos reflexos dela decorrentes, tanto face aos demais grupos nela não necessariamente representados, assim como pelo virtual impacto orçamentário, antes os custos inegáveis, e, enfim, o aspecto de típica escolha trágica que enseja.

Tais circunstâncias, vale observar, igualmente interferem no sentido de reafirmar a garantia de *acesso à justiça como acesso a uma ordem jurídica justa*, para salientar a urgência em se conceber a permeabilidade do processo coletivo aos imperativos decorrentes do caráter dos direitos e interesses em disputa, para permitir-lhe máxima efetividade e adequação de meios.

O caráter distributivista da jurisdição nessas circunstâncias, pois, obriga que na persecução dos objetivos ou finalidades do processo coletivo em causase observe o *devido processo social*, todavia, em uma linha de orientação compatível com o objeto da lide, que implica alguns fatores e, antes do mais, a subsidiariedade da justiciabilidade, em sentido estrito, com primazia da utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos de modo incidental – mediação, por exemplo – seguido de exame prévio das condições da ação – prelibação –, o caráter cooperativo das relações entre os atores do processo, e, ainda, na hipótese de se chegar à decisão, a rigorosa exigência de fundamentação racional da solução adotada.

Justifica-se a adoção desses parâmetros, haja vista a freqüente constatação, por um lado, das denominadas *demandas frívolas* nessa matéria, e, por outro, da urgência em se tecer procedimento permeável à influência da modalidade do direito material em causa, no objetivo de se obter resolução pautada pelo postulados de eficiência e justiça.

Importa frisar que essa posição não desconsidera o direito fundamental à proteção judiciária, ou à tutela jurisdicional, em razão da garantia da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º XXV), mas, ao contrário, encarece que sua satisfação apenas estará bem concretizada se os meios procedimentais, nela albergados, puderem se mostrar mais adequados às circunstâncias e natureza da pretensão deduzida.

(b) – *Sobre as reais alternativas de controle*

A glosa às atividades dos demais poderes em relação a interesses e direitos fundamentais sociais, se fundamenta, por um lado, na garantia de sua proteção inscrita na Carta, por outro se vincula ao abuso do Poder Público, seja por atuar governativamente de modo a atingir ou ameaçar tais direitos, seja por recusar ou simplesmente se omitir no aviamento de políticas capazes de os concretizar.

O desvios no exercício do poder político, portanto, quando em sacrifício de direitos sociais, desatendo-os, ou atendendo-os mal (proteção insuficiente), legítima, enfim, o manejo da demanda para a respectiva auditoria nos procedimentos tendentes à implementação de políticas públicas.

Nesse particular, a processualização da Administração Pública, prática e doutrina crescentes em prestígio, permite lobrigar as três fases inerentes à sua planificação e escolha de meios, à sua constituição por intermédio de atos próprios, e bem assim sua execução e avaliação.

A julgar também pelo fato de que a progressividade na implantação é parte do regime jurídico dos direitos sociais, pode-se estimar que também nesse passo, é dizer, na evolução obrigatória das políticas públicas visando sua universalização, seria viável o controle, na hipótese de abusividade na omissão ou ação dos encarregados de sua gestão.

Observado mais de perto o quadro posto, o que estará sob a possibilidade de controle serão, afinal, as práticas ofensivas à dimensão objetiva desses direitos, com eventual proteção insuficiente, ou ainda, com retrocesso não permitido por ofensa ao seu núcleo essencial.

(c) – *Limites à Atividade Jurisdicional na Implementação de Políticas Públicas*

Uma vez indiscutível a legitimidade do controle jurisdicional da implementação de políticas públicas, sabe-se que o elemento disputável e controvertido mesmo condiz com os limites da jurisdição coletiva nessa hipótese, à vista das particularidades que a envolvem.

Há, por assim dizer, um dilema e a necessidade de um delicado equilíbrio, ou seja, por um lado há de se preservar em sede de ação coletiva o direito fundamental à tutela judiciária, ou acesso à justiça, e, de outro, a urgência em não submeter os demais poderes – Legislativo e Executivo – a deliberações judiciais que comprometam definitivamente suas ações de governo na área dos direitos sociais.

As soluções preconizáveis, de qualquer modo, hão de partir da premissa segundo a qual o processo, como estratégia de adjudicação de direitos e locus próprio da atividade jurisdicional, pode dar uma contribuição efetiva para a dissolução de impasses nesse assunto.

E seu contributo pode ser valioso, caso se entenda, sob a visão instrumentalista, sua funcionalidade própria em termos de pacificação, e sobretudo, na relevância de sua identificada função social de viabilizar resoluções justas.

Nessa linha de pensamento, indiscutível hoje o fato da influência do direito material e, mais que isso, no condicionamento do procedimento em razão do direito material posto em causa, daí porque se falar mais – e com maior intensidade – em adaptabilidade procedimental ou flexibilidade procedimental, tendo em vista a obtenção de melhores resultados para as partes.

Fixado esse ponto, e analisado farto material de pesquisa acerca da questão, as questões mais urgentes na adjudicação de políticas públicas via demandas coletivas, transformadas, assim, em processos de interesse público, dizem respeito aos seguintes pontos : (a) *a questão das demandas frívolas, em número excessivo, desafiando o*

Judiciário e o acumulando de trabalho; (b) a questão da participação de todos os interessados na construção ou correção de políticas públicas; (c) o problema das decisões judiciais e sua fundamentação.

Tratadas desde longa data em sede doutrinária e de pesquisa acadêmica, há hoje em discussão, visando a colaborar com o estado da matéria, um anteprojeto de lei regulamentadora de demandas atinentes ao controle de políticas públicas, organizado a partir de pesquisa coordenada pela Profa. Ada Pellegrini Grinover e pelo Prof. Kazuo Watanabe, que ao nível de proposta enfrenta essas controvérsias.

Indispensável examiná-las para uma crítica e opinião.

(i) – *Sobre os obstáculos a demandas frívolas.*

O anteprojeto de lei em referência, realmente, procura dar solução a isso, estabelecendo o seguinte:

Art. 5º . Estando em ordem a petição inicial, o juiz a receberá, notificando o órgão do Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública, para que esta preste, pessoalmente e no prazo de 60 dias, prorrogável por igual período, informações detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados, que constarão do mandado:

I – o planejamento e a execução existentes para a política pública a que se refere o pedido;

II – os recursos financeiros previstos no orçamento para a implementação da política pública a que se refere o pedido;

III – a previsão de recursos necessários à implementação ou correção da política pública a que se refere o pedido;

IV – em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas;

IV – o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido.

Art. 6º. Se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, ficando nesses casos dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 5º.

Parágrafo único. Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana,

Art. 7º - Não prestadas as informações indicadas no *caput*, o juiz aplicará à autoridade responsável as sanções previstas no art. 14 do Código de Processo Civil, podendo convocá-la pessoalmente para comparecer a juízo.

Par. 1º - Na prestação de informações, a autoridade responsável pela execução da política pública poderá servir-se de assessores técnicos especializados.

Par. 2º - O juiz poderá utilizar técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações, sem prejuízo de consultas a órgãos e instituições do ramo (parágrafo único do art. 26).

Art. 8º - Considerando insuficientes as informações, o juiz, de ofício ou a requerimento do autor ou do Ministério Público, quando este não for autor, poderá solicitar esclarecimentos e informações suplementares, a serem prestadas em prazo razoável, fixado pelo juiz, bem como designar audiências, em contraditório pleno, inclusive com a presença dos técnicos envolvidos, para os mesmos fins.

Art. 9º - Tendo por esclarecidas as questões suscitadas na fase preliminar, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados.

Parágrafo único. Admite-se, tanto na fase preliminar como no processo judicial, a intervenção do “amicus curiae”, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente.

A propositura, realmente, serve melhor aos propósitos da demanda dessa natureza, já que nessa ‘fase preliminar’ se estabelece uma espécie de prelibação em relação às condições da ação, por um lado, à medida que abre a possibilidade de manifestação prévia da autoridade instada à prestação de informações oficiais sobre existência da política pública pretendida, os recursos necessários para o caso de inexistência, além de outros informes de igual relevância, municiando-se nesse caso o juízo de dados relevantes para a condição do futuro processo, se houver.

Se faz evidente no texto, que a medida tem lugar com um firme e deliberada propósito de nessa fase, antes do mais, abrir oportunidades à uma resolução consensual da matéria, aliás, com a positiva preocupação de *ampliar o espaço de participação pelo processo* via a determinação de realização de *audiências públicas*, com convocação de representantes outros da sociedade civil, técnicos especializados etc. (art. 9º), no espírito singular da Resolução 125/CNJ também.

Essa alternativa, como é natural, foca um dado inescandível em relação a demandas do gênero, ou seja, a ampliação de chances de uma resolução mais adequada ao interesse em disputa por via do consenso, cumprindo o Juiz nesse cenário um papel indutor dessa solução consensuadas, perfil relativamente novo da atividade jurisdicional, mormente em hipóteses dessa natureza.

Duas observações, todavia, merecem lugar.

A primeira, relativa ao fato de que a facultatividade concedida à decisão do juiz quanto à instalação ou não de audiências públicas desconsidera um elemento importante, influente, por óbvio, no procedimento.

Trata o *thema decidendum* dessa demanda não de uma questão legal – em sentido largo -, mas, ao contrário, de um juízo a ser feito sobre política, como cediço.

Ora, esse processo coletivo, por via de consequência, não é comum, cuida de lide de interesse público e tem como objeto política pública, cuja elaboração depende, segundo diversas passagens do Texto Constitucional – antes referidas – da participação da sociedade civil ou de influência da comunidade na sua concepção (cf. art. 204/CF, p. exemplo), consagrada que está, no seio do Estado e seu Estatuto político, a democracia participativa como núcleo essencial.

Chama-se a atenção para esse ponto, já porque, nesses casos a diretiva, ou o princípio democrático, de extrato Constitucional, torna não facultativa a utilização do instrumento das audiências públicas, mas, sim, obrigatório, inclusive para a convocação necessária de conselhos populares instituídos pela legislação especializada nas áreas de assistência social, saúde, infância e juventude, a fim de que possam influir na construção consensual da solução mais indicada.

Uma segunda observação se refere a ponto análogo, ou seja, a composição da lide ou recusa à sua constituição quando ausentes os fatores mínimos condizentes com as condições da ação, já porque essa fase preliminar, realmente, também servirá ao propósito desse juízo prelibação.

O sinal claro disso, diga-se, vem disposto no art.13 desse anteprojeto, assim lançado:

Art. 13 - Não havendo acordo, o juiz examinará, no juízo de admissibilidade, a razoabilidade do pedido e a irrazoabilidade da atuação da Administração, podendo extinguir o processo, com resolução do mérito, ou determinar a citação do representante judicial da autoridade competente, para responder.

Parágrafo único – Extinto o processo, serão intimados da sentença o autor, a autoridade responsável e a pessoa jurídica de direito público a que esta pertence.

O dispositivo enseja a compreensão de que o exame das condições para a virtual instauração do processo fica reservada à pré-condição da ausência de composição entre as partes, servindo as informações colhidas, em última análise, de fundamento eventual à decisão de extinção do processo, caso se evidencie, como tudo indica, a irreabilidade da causa de pedir ou mesmo a impossibilidade jurídica do pedido, ou ainda a ausência de interesse processual.

Essa alternativa se revela, de certo modo, um limite à jurisdição, à medida que enseja uma valoração prévia, e com elementos nos autos, da presença dos pressupostos de eventual e futura decisão de mérito, abortando, desde esses instantes iniciais, a possibilidade das aventuras judiciais, comuns algumas vezes nesse campo.

Defende-se, todavia, que isso já possa se dar desde logo.

Note-se que hipótese análoga de processo coletivo de interesse público é aquele atinente à apuração das infrações tipificadas pela Lei Federal nº 8429/92, ou seja a Lei de Improbidade Administrativa, em cujo contexto se debate a preservação de um interesse difuso às condições probas da gestão pública.

O texto da disposição do art. 17, § 7º, prevê nas hipóteses a ele afetas similar juízo, para se evitar, aliás, demandas carecedoras de bons fundamentos, tanto mais em tema de relevância.

Parece natural que nessa hipótese, o que se busca é o preliminar escrutínio sobre o ilícito e seus elementos indiciários, no mais das vezes representados pela violação de um princípio.

Aí também, em nome da presunção de legitimidade dos atos praticados por gestores públicos, se exige a prévia apuração de indícios de uma atuação oposta ou contrastante com o interesse público.

Essa norma seria intercambiável, com aplicação possível na ação coletiva com vistas à implementação de política pública?

Com toda certeza, sim.

A textura complexa do sistema jurídico tem levado a doutrina à consideração teórica em prol de uma espécie de colaboração entre normas de diversos segmentos, para permitir a incidência combinada sempre que pontos de intersecção se fizerem presentes.

Trata-se da teoria do *diálogo das fontes*, em que elementos comuns, característicos de circunstâncias com identidade, podem aproximar normas de fontes distintas e seu aproveitamento⁴⁵³.

⁴⁵³RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ELETRÔNICA. SISTEMA BACEN-JUD. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. ARTIGO 11, DA LEI 6.830/80. ARTIGO 185-A, DO CTN. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOVAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI 11.382/2006. ARTIGOS 655, I, E 655-A, DO CPC.INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS LEIS. TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES.APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI DE ÍNDOLE PROCESSUAL.

1. A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exeqüente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras (Precedente da Primeira Seção: REsp 1.052.081/RS, Rel.Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 12.05.2010, DJe 26.05.2010. Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 1.194.067/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.06.2010, DJe 01.07.2010; AgRg no REsp 1.143.806/SP, Rel.

Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08.06.2010, DJe 21.06.2010; REsp 1.101.288/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 02.04.2009, DJe 20.04.2009; e REsp 1.074.228/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 05.11.2008. Precedente da Corte Especial que adotou a mesma exegese para a execução civil: REsp 1.112.943/MA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 15.09.2010).

2. A execução judicial para a cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias é regida pela Lei 6.830/80 e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

3. A Lei 6.830/80, em seu artigo 9º, determina que, em garantia da execução, o executado poderá, entre outros, nomear bens à penhora, observada a ordem prevista no artigo 11, na qual o "dinheiro" exsurge com primazia.

4. Por seu turno, o artigo 655, do CPC, em sua redação primitiva, dispunha que incumbia ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a ordem de penhora, cujo inciso I fazia referência genérica a "dinheiro".

5. Entrementes, em 06 de dezembro de 2006, sobreveio a Lei 11.382, que alterou o artigo 655 e inseriu o artigo 655-A ao Código de Processo Civil, verbis: "Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

II - veículos de via terrestre;

III - bens móveis em geral;

IV - bens imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - ações e quotas de sociedades empresárias;

VII - percentual do faturamento de empresa devedora;

VIII - pedras e metais preciosos;

IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;

X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

XI - outros direitos.

(...) Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução.

(...) 6. Deveras, antes da vigência da Lei 11.382/2006, encontravam-se consolidados, no Superior Tribunal de Justiça, os entendimentos jurisprudenciais no sentido da relativização da ordem legal de penhora prevista nos artigos 11, da Lei de Execução Fiscal, e 655, do CPC (EDcl nos EREsp 819.052/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 08.08.2007, DJ 20.08.2007; e EREsp 662.349/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 10.05.2006, DJ 09.10.2006), e de que o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras (mediante a expedição de ofício à Receita Federal e ao BACEN) pressupunha o esgotamento, pelo exequente, de todos os meios de obtenção de informações sobre o executado e seus bens e que as diligências restassem infrutíferas (REsp 144.823/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 02.10.1997, DJ 17.11.1997; AgRg no Ag 202.783/PR, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 17.12.1998, DJ 22.03.1999; AgRg no REsp 644.456/SC, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15.02.2005, DJ 04.04.2005; REsp 771.838/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.09.2005, DJ 03.10.2005; e REsp 796.485/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 02.02.2006, DJ 13.03.2006).

7. A introdução do artigo 185-A no Código Tributário Nacional, promovida pela Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005, corroborou a tese da necessidade de exaurimento das diligências conducentes à localização de bens passíveis de penhora antes da decretação da indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado, verbis: "Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

§ 1º A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite.

§ 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido." 8. Nada obstante, a partir da vigência da Lei 11.382/2006, os depósitos e as aplicações em instituições financeiras passaram a ser considerados bens preferenciais na ordem da penhora, equiparando-se a dinheiro em espécie (artigo 655, I, do CPC), tornando-se prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora on line (artigo 655-A, do CPC).

9. A antinomia aparente entre o artigo 185-A, do CTN (que cuida da decretação de indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado) e os artigos 655 e 655-A, do CPC (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira) é superada com a aplicação da Teoria pós-moderna do Diálogo das Fontes, idealizada pelo alemão Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil.

10. Com efeito, consoante a Teoria do Diálogo das Fontes, as normas gerais mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo.

11. Deveras, a ratio essendi do artigo 185-A, do CTN, é erigir hipótese de privilégio do crédito tributário, não se revelando coerente "colocar o credor privado em situação melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (artigos 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988)" (REsp 1.074.228/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 05.11.2008).

12. Assim, a interpretação sistemática dos artigos 185-A, do CTN, com os artigos 11, da Lei 6.830/80 e 655 e 655-A, do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exequente.

13. À luz da regra de direito intertemporal que preconiza a aplicação imediata da lei nova de índole processual, infere-se a existência de dois regimes normativos no que concerne à penhora eletrônica de dinheiro em depósito ou aplicação financeira: (i) período anterior à égide da Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006 (que obedeceu a vacatio legis de 45 dias após a publicação), no qual a utilização do Sistema BACEN-JUD pressupunha a demonstração de que o exequente não lograra êxito em suas tentativas de obter as

Sob esse entendimento é que se defende a possibilidade de juízo prévio de admissibilidade da demanda, já de logo, quando se cuide de lide coletiva cujo tema seja a implementação de política pública, momento no qual questões várias deverão ser apreciadas, antes ainda do recebimento da inicial, dentre elas a existência ou não de política pública concernente à pretensão, a extensão e relevância, com vistas à universalização, daquilo que se postula, a reserva do financeiramente possível, com a finalidade de escoimar aquelas impertinentes ou meramente arrivistas.

Outro aspecto relevante do anteprojeto, diz com a limitação da *tutela antecipada*, permitida apenas nos casos em que se possa estar diante de pretensão relativa ao *mínimo existencial*.

Diz o dispositivo sob apreciação:

informações sobre o executado e seus bens; e (ii) período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), a partir do qual se revela prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras.

14. In casu, a decisão proferida pelo Juízo Singular em 30.01.2008 determinou, com base no poder geral de cautela, o "arresto prévio" (mediante bloqueio eletrônico pelo sistema BACENJUD) dos valores existentes em contas bancárias da empresa executada e dos co-responsáveis (até o limite do valor exequendo), sob o fundamento de que "nos processos de execução fiscal que tramitam nesta vara, tradicionalmente, os executados têm se desfeito de bens e valores depositados em instituições bancárias após o recebimento da carta da citação".

15. Consectariamente, a argumentação empresarial de que o bloqueio eletrônico dera-se antes da regular citação esbarra na existência ou não dos requisitos autorizadores da medida provisória (em tese, apta a evitar lesão grave e de difícil reparação, ex vi do disposto nos artigos 798 e 799, do CPC), cuja análise impõe o reexame do contexto fático-probatório valorado pelo Juízo Singular, providência obstada pela Súmula 7/STJ.

16. Destarte, o bloqueio eletrônico dos depósitos e aplicações financeiras dos executados, determinado em 2008 (período posterior à vigência da Lei 11.382/2006), não se condicionava à demonstração da realização de todas as diligências possíveis para encontrar bens do devedor.

17. Contudo, impende ressaltar que a penhora eletrônica dos valores depositados nas contas bancárias não pode descurar-se da norma inserta no artigo 649, IV, do CPC (com a redação dada pela Lei 11.382/2006), segundo a qual são absolutamente impenhoráveis "os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal".

18. As questões atinentes à prescrição dos créditos tributários executados e à ilegitimidade dos sócios da empresa (suscitadas no agravo de instrumento empresarial) deverão se objeto de discussão na instância ordinária, no âmbito do meio processual adequado, sendo certo que o requisito do prequestionamento torna inviável a discussão, pela vez primeira, em sede de recurso especial, de matéria não debatida na origem.

19. Recurso especial fazendário provido, declarando-se a legalidade da ordem judicial que importou no bloqueio liminar dos depósitos e aplicações financeiras constantes das contas bancárias dos executados. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1184765/PA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 03/12/2010)

Art. 6º. Se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, ficando nesses casos dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 5º.

Parágrafo único. Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana,

Também aí, naturalmente, o endosso é obrigatório.

A limitação à tutela antecipada é boa medida, à vista do fato de que , pensando em ações coletivas – pois é disto que aqui se fala – as decisões judiciais são parte daquelas escolhas trágicas, e os horizontes de certeza se complexificam, merecendo ênfase, ademais, o fato de se cuidar de decisão de cunho prospectivo.

O juízo de verossimilhança, indubitavelmente, resta menos inseguro quando se trate de pretensão correlata ao mínimo existencial, aliás, bem conceituados no paragrafo único do artigo do anteprojeto. É de se lembrar, a propósito, que limitar o acesso à tutela da evidência não importa restrição indevida ao direito fundamental à proteção judiciária, pois a ponderação frente ao princípio democrático, justifica a providência.

Não há negar, aliás, que a prioridade é a da solução pelos órgãos de representação política, para manutenção da harmonia e colaboração na exata medida entre os poderes.

Finalizando, e em sintonia com questão essencial ao território da implementação das políticas públicas, faz-se indispensável estabelecer limites processuais a partir da decisão judicial, vista sob a ótica do dispositivo do art. 93, IX da Constituição Federal.

O dispositivo constitucional em apreço, c.c. o art. 131 e art. 459 do Código de Processo Civil, obriga à fundamentação do decisório, que, realmente, não há de ser qualquer, mas, especialmente, compatível com a complexidade, e tema da hipótese.

E o que seria, então, essa fundamentação?

Importa assinalar, inicialmente, que se cuida de deliberação que tem como objeto direitos humanos fundamentais sociais com uma gramática peculiar, assentados em diretrizes bem definidas.

Fundamentar, por consequência, implica o reconhecimento de determinados limites teóricos, tais como a reserva do possível, a proibição da proteção excessiva ou da proteção insuficiente, o primado da implementação progressiva.

Esses componentes são os únicos invocáveis para um decisório atento às diretivas constitucionais, de tal modo a não se considerar atendido o preceito constitucional em apreço senão quando alinhados.

A deliberação judicial, sobremais, carece não apenas do esclarecimento técnico e claro acerca dos motivos da opção pela proteção desse ou daquele interesse de grupo, mas também a exigência da declinação dos motivos do desacolhimento dos interesses do entorno.

Em síntese, revela-se imprescindível escoimar os fatores puramente morais da interpretação, na lembrança de que a jurisdição distributiva tem diretivas técnicas e políticas que a enformam, inapelavelmente, tais como a responsividade, a equidade, a prospectividade.

Nesse caminho, importa lembrar que responsividade significa atenção às consequências do ato decisório, enquanto a equidade, importa a obrigação de máxima igualdade e universalização do direito adjudicado e, finalmente, a prospectividade, a cautela e precaução pelo fato de a deliberação atingir situações jurídicas futuras.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito fundado pela Constituição Federal de 1.988 é apoiados na concepção comunitarista, com isso forjando seus compromissos com o postulado da dignidade humana (CF, art. 1º, III), com o escopo de concepção de uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais (CF, art. 3º).

Nesse contexto, os direitos fundamentais, e particularmente os direitos fundamentais sociais (CF, art. 6º), dada sua dimensão objetiva, impõem ao Estado e à sociedade, o respeito e promoção de condições para sua fruição, dada sua essencialidade para a correção das desigualdades.

A criação de meios para a fruição desses direitos compete, em princípio aos Poderes Legislativo e Executivo, dadas as competências legais e constitucionais (CF, art. 22/23), devendo se desincumbir da planificação, escolhas e execução de políticas públicas ou sociais, com vistas à garantia de acesso a esses direitos.

Omitindo-se esses poderes na desincumbência desses seus encargos estabelecem-se as condições de ameaça e até mesmo violação a direitos sociais, sendo lícito aos grupos onerados em face disso se valerem da jurisdição coletiva para a salvaguarda de seus direitos.

O Judiciário, co-responsável pela governança política da comunidade pode, e deve, exercer a jurisdição coletiva em prol dos direitos sociais, em caráter excepcional e sob os nortes do devido processo social, que impõe sua natureza cooperativa, com prioridade para as soluções consensuadas, notadamente quando tiver por objetivo a constituição de políticas públicas.

O acesso à justiça de grupos em busca de satisfação de seus interesses pela ação coletiva é garantido pela Constituição Federal e o modelo constitucional de processo sofre

a influência dos direitos fundamentais, tornando-se adaptável para maior efetividade de suas decisões.

Inegável, ainda, que a jurisdição coletiva há de experimentar limites quanto à adjudicação de direitos fundamentais sociais, sendo válido sua submissão a um juízo prévio de delibação acerca de seus pressupostos, tanto quanto à obrigatoriedade de expansão da participação da sociedade organizada na construção de uma resolução consensual e democrática, sua vocação primeira.

A jurisdição exercida nesta sede é de caráter distributivo, requisitando fundamentação adequada, segundo os postulados técnicos inerentes às diretrizes dos direitos fundamentais, sob pena de violação à disposição do art. 93, IX da Constituição Federal.

E seu contributo pode ser valioso, caso se entenda, sob a visão instrumentalista, sua funcionalidade própria em termos de pacificação, e sobretudo, na relevância de sua identificada função social de viabilizar resoluções justas.

Nessa linha de pensamento, indiscutível hoje o fato da influência do direito material e, mais que isso, no condicionamento do procedimento em razão do direito material posto em causa, daí porque se falar mais – e com maior intensidade – em adaptabilidade procedimental ou flexibilidade procedimental, tendo em vista a obtenção de melhores resultados para as partes.

Fixado esse ponto, e analisado farto material de pesquisa acerca da questão, as questões mais urgentes na adjudicação de políticas públicas via demandas coletivas, transformadas, assim, em processos de interesse público, dizem respeito aos seguintes pontos : *(a) a questão das demandas frívolas, em número excessivo, desafiando o Judiciário e o acumulando de trabalho; (b) a questão da participação de todos os interessados na construção ou correção de políticas públicas; (c) o problema das decisões judiciais e sua fundamentação.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil. O Processo Judicial no Pós-1988. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde.../TeseMPV.pdf Acesso em 20.11.2012.

ABRAMOVICH, Victor E COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Ed. Trotta, pgs. 25 e 33. Tradução livre do espanhol.

ACKERMAN, Bruce. *A ascensão do constitucionalismo mundial. In: A constitucionalização do direito*. Ed. Lumen Juris, p. 89.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Ed. Gen-Forense, p.46-48;

AI 809018 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012.

AITH, Fernando. *Políticas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos – Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. Ed. Saraiva, pgs. 217-246.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal, *Jurisdição Constitucional e a tutela dos direitos metaindividuais*, 1ª ed.. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 8-9.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Ed. Malheiros, pg. 452-454, trad. Virgílio Afonso da Silva.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo*. Ed. Saraiva; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. Ed. Malheiros.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. Ed. RT, p.39.

AMARAL JÚNIOR, José Levy. *Sobre a organização dos poderes em Montesquieu. Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis – Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Prof. Jorge Miranda*. Ed. Gen – Forense, p.183)

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1.976*, Ed. Almedina, p.359.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1.976*. Ed. Almedina, pg. 141.

AÑÓN, José García. *Derechos sociales e igualdad – Derechos sociales, instrucciones de uso*. Ed. Fontanamara, p.85.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Ed. Juruá, p.248-249.

ARAÚJO, Luis Alberto David e NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. Ed. Saraiva, p.380.

AZEVEDO MARQUES, Floriano – *Ensaio sobre o processo como disciplina do poder estatal, in Teoria do Processo*, Ed. Jvspodium, 2008.

B. Russel (in BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. *Teoria generale de la politica*. Ed. Trotta, trad. Antonio di Cabo e Gerardo Pisarello – tradução livre do espanhol)

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *As especificidades e os desafios do processo constitucional – Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Ed. Del Rey, Coordenação José Adércio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz, p. 93.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos – *As Bases do Direito Processual Civil, Temas de Direito Processual*, Ed. Saraiva, 1.977.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos – *Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80: Direito processual civil, in Temas de direito processual, Quarta série*, Ed. Saraiva.

BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas, in Leituras Complementares de Constitucional*, Ed. Juspodivm.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional*. Ed. Saraiva.

BARROSO, Luis Roberto. *Direito e política: a tênue fronteira*. Disponível em: <www.osconstitucionalistas.com.br>, acesso em 15.10.2012.

BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática – Constituição & ativismo judicial*. Ed. Lumen Juris, p.281. Organizadores: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Roberto Fragale Filho e Ronaldo Lobão.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. Ed. Malheiros, 22ª Edição.

BASTOS, Celso. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. Ed. Saraiva, p.53-55.

BENDA, Ernesto. *O Estado social de direito*. Manual de Derecho Constitucional, Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, Ed. Marcial Pons, 2ª Edição, trad. Antonio Lopez Pina. Citação: tradução livre.

BINEMBOJM, Gustavo. *Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX – Legitimação dos direitos humanos*. Ed. Renovar, Coordenação de Ricardo Lobo Torres, p.300.

BITTENCOURT, Lúcio. *A interpretação como parte do processo legislativo – Revista Forense comemorativa 100 anos, Tomo I, Constitucional*. p. 55.

BOBBIO, Norberto , MATEUCCI, Nicola E PASQUINO, Gianfranco.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y La Democracia*. Editorial Trotta, traduzido do alemão por Rafael de Agapito Serrano.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, costituzione, democrazia*. Giuffrè. Traduzida para o italiano por Michelle Nicoletti e Omar Brino. Tradução livre do italiano.

BÖCKENFÖRDE, Wolfgang Ernst. *Diritti fondemanetali come norme di principio. Stato, costituzione, democrazia*. Giuffrè.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Ed. Malheiros, p.564.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Ed. Malheiros, p.80. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Ed. Thomson – Civitas, p. 54.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. Ed. Saraiva.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. Ed. Malheiros, 4ª Edição.

BONINI, Roberto. *Dicionário de Política*. Norberto Bobbio, Nicola Mateucci e Gianfranco Paquino. Ed. UNB.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio – *Novas tendências do direito processual: uma contribuição para seu reexame, Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*, Ed. RT, vol.1.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio- O ativismo judicial. – As novas faces do ativismo judicial*. Ed. Juspodivm, p. 288. Organizadores: André Luiz Fernandez Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. Ed. Saraiva, p.252.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito – Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. Ed. Saraiva, p.39

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1*, Ed. Saraiva.

BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Droit constitutionnel*. Ed. LGDJ, livre tradução.

BURNS, Edward McNall. *História da civilização ocidental*. Editora Globo.

CAENEGEM, R.C. Van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1ª Edição, Trad. Alexandre Vaz Pereira.

CALMON DE PASSOS, J.J. – *Democracia, participação e processo, Participação e Processo*, Ed. RT.

CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no processo civil*. Ed. Juruá, p.26-27.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Ed. RT, p.183 e 241.

CAMPILONGO, Celso. *Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico, in Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, Ed. Malheiros.

CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*, Ed. Saraiva.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Canotilho e a constituição dirigente*. Ed. Renovar, p.24.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Ed. Almedina.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra Editora.

CANOTILHO, J.J. Gomes. “*Brançosos*” e interconstitucionalidade. Ed. Almedina, p. 263.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Judicialismo e política – Tópicos para uma intervenção – Constituição e processo – Entre o direito e a política*. Ed. Forum, p. 145. Organização: Felipe Machado e Marcelo Cattoni.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática atual dos direitos econômicos, culturais e sociais – Estudos sobre direitos fundamentais*. Ed. RT/Coimbra Editora, p.109.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *O direito constitucional como ciência de direção – O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da constituição social) – Direitos fundamentais sociais*. Ed. Saraiva, Coordenação J.J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves e Érica Paula Barcha Correia, p.11.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *O tom e o dom na teoria constitucional dos direitos fundamentais – Estudos sobre direitos fundamentais, op.cit.,p. 130*.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. Ed. Sergio Antonio Fabris, p.50. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores ?* Ed. Sergio Antonio Fabris, p. 20.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias, Sociedade*, Ed. Jurídicas Europa America.

CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de analisis – El canon neoconstitucional*. Coordenação Miguel Carbonell e Leonardo Garcia Jaramillo, Ed. Trotta, p.154.

CARBONELL, Miguel. *Elementos de derecho constitucional*. Ed. Fontanamara, p.175-176.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas – Políticas públicas: possibilidades e limites*. Ed. Forum, p.111-112. Organizadores: Cristiana Fortini, Julio Cesar dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca Dias.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. Ed. Gen-Forense, p. 21.

CHÂTELET, François. *História das idéias políticas*. Zahar Ed., tradução: Carlos Nelson Coutinho.

CHEVALIER, Jean Jacques. *História do pensamento político*. Zahar Editores, trad. Roberto Cortês de Lacerda.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva – Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Ed. Lumen Juris, p.16-17.

CLÉVE, Clemerson Merlin. *Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. In Constituição e democracia : Estandos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho*. Ed. Malheiros, p.43.

COELHO, Inocêncio Mártires. *O poder normativo da jurisdição constitucional : o caso brasileiro – Constitucionalismo, direito e democracia*. Ed. GZ, Coordenação Francisco Merton Marques de Lima e Robertônio Santos Pessoa, p.11.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Ed. G. Giapichelli, p.51-53.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. Ed. Saraiva.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas – Rumo à Justiça*. Ed. Saraiva, p.282-300.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*, Ed. Companhia das Letras.

CORTEZ, Luiz Francisco Aguillar. *Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas, in Controle jurisdicional de políticas públicas, op. Cit.*

COSTA, Andrea Elias da. *Estado de direito e ativismo judicial*, in *Estado de direito e ativismo judicial*, Ed. Quartier Latin.

COSTA, Pietro. *O Estado de direito, história, teoria, crítica*. Ed. Martins Fontes, trad. Carlos Alberto Dastoli.

COSTA, Suzana Henriques da. *Poder Judiciário no controle de políticas públicas: Uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal – O controle jurisdicional de políticas públicas*. Ed. Gen Forense, p.451.

CUNHA JR., Dirley. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível*, in *Leituras Complementares de Constitucional*, Ed. Jvspodium.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. *Fundamentos de direito constitucional*. Ed. Saraiva, vol. 1, p. 307.

DA SILVA, Ovídio Baptista – *Democracia moderna e processo civil*, in *Participação e Processo*, Ed. RT, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*. Ed. Saraiva, p.21-22)

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria geral do estado*. Ed. Saraiva.

DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando; CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. *A tutela jurisdicional no Estado Democrático de Direito: algumas notas – Tendências do moderno processo civil brasileiro – Aspectos individuais, aspectos individuais e coletivos das tutelas das tutelas preventivas e ressarcitórias. Estudos em homenagem a Ronaldo Cunha Campos*. Ed. Forum, p.436.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Princípios constitucionais diretores da jurisdição no Estado democrático de Direito – Revista Estação Científica*, vol. 1, n.4.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, Ed. Juspodivm.

DIEZ-PICASSO, Luiz Maria. *Sistema de Derechos fundamentales*. Ed. Thomson-Civitas. No mesmo sentido: LUÑO, Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de Derecho e constitución.*, Ed. Tecnos. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. Ed. Saraiva. SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Ed. Del Rey.

DIMOULIS, Dimitrius. *Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico*, in *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Ed. Lumen Juris.

DIMOULOS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Ed. RT.

DINAMARCO, Cândido Rangel – *Instituições de Direito Processual Civil*, Ed. Malheiros, vol. I.

- DOEHRING, Karl. *Teoria do estado*. Ed. Del Rey, tradutor Gustavo Castro Alves de Araújo.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Thomson-Civitas, p.57.
- FACHIN, Zulmar e SAMPAR, Rene. *Soberania e ordenamento jurídico: Um diálogo contemporâneo – Direito constitucional internacional dos direitos humanos*. Ed. Forum, p.209.
- FERNANDES, Stanlei Botti. *Estado de direito e ativismo judicial, in Estado de direito e ativismo judicial*, Ed. Quartier Latin.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales. Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Ed. Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del estado de derecho – Neoconstitucionalismo (s)*. Ed. Trotta, traduzido por Miguel Carbonell.
- FERRAJOLI, Luigi. *Prólogo a Los Derechos sociales como Derechos exigibles*. ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Ed. Trotta, p.9-10 – Tradução livre do espanhol.
- FERRARI, Rosa Maria Macedo Nery. *Direito constitucional*. Ed. RT, p.52.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Modelo de Estado e Estado Democrático de Direito na Constituição, in Direito Constitucional*, Ed. Manole.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?, in Revista USP – Dossiê do Judiciário*, EDUSP.
- FERRAZ, Tercio Sampaio. *Modelo de estado e estado democrático de direito na Constituição – Direito constitucional*. Ed. Manole, p. 444.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. Ed. Saraiva, p.190.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. E. Saraiva, p.315.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. Ed. Saraiva.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios de direito constitucional*. Ed. Saraiva, p.257.
- FERREIRA, Gilmar Mendes. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Ed. Saraiva, pg. 471.

FERREIRA, Gilmar Mendes. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Ed. Saraiva, pg. 473.

FIORAVANTI, Maurizio. *El estado moderno en Europa*. Editorial Trotta, Trad. Manuel Martinez Neira.

FIORAVANTI, Maurizio. *Estado y constitución – El estado moderno en Europa*. Ed. Trotta, p.38.

FISS, Owen. *As formas de Justiça – Um novo processo civil*, Ed. RT, p.115.

Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, RePro, v.05, p.128.

FUX, LUIZ, *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p.53.

GALUPPO, Marcelo Campos. *A constituição pode fundar uma república? – Constituição e crise política*. Ed. Del Rey, Coordenação SAMPAIO, José Adércio Leite, p. 159.

GARCIA, Emerson. *Direito judicial e teoria da Constituição*. Disponível em: <www.tjrj.jus.br/library>, acesso em 10.01.2013.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Ed. Gen-Forense, tradutor Agassiz Almeida Filho.

GARGARELLA, Roberto. *Teoria y critica del derecho constitucional*. Ed. Abeledo Perrot, Tomo I, p.14.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Ed. Gen Forense, vol. 1, p.65-75.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor – O processo em evolução*. Ed. Forense Universitária, p. 116.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo – Tutela coletiva : Vinte anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos; Quinze anos do Código de Defesa do Consumidor*. Ed. Atlas, p. 302. Coordenador Paulo Henrique dos Santos Lucon.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Modernidade do direito processual brasileiro, in O processo em evolução*, Forense Universitária.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional das políticas públicas, in O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Ed. Gen-Forense.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos. – A tutela dos interesses difusos*. Ed. Max Limonad, p.32. Coordenação: Ada Pellegrini Grinover.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. Ed. José Butchatsky, p.11-13.

HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal – Dimensões da Dignidade*, Ed. Livraria do Advogado, p. 73.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Ed. Astrea, traduzido por Diego Valadés.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los Derechos fundamentales*. Ed. Dykinson Constitucional, pg. 73., trad. Joaquim Brage Camazzano – tradução livre do espanhol

HÄBERLE, Peter. *Recentes desenvolvimentos sobre direitos fundamentais na Alemanha – Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu*. Ed. Saraiva, pg. 98-99. Tradução Carlos dos Santos Almeida.

HESSE, Konrad. *Concepto y cualidad de la constitución – Escritos de derecho constitucional*. Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo – Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, p.34-35. Traduzido do alemão para o espanhol por Pedro Cruz Villazon e Miguel Azpitarte Sanchez – Tradução livre do espanhol.

HESSE, Konrad. *Constituição e direito constitucional – Temas fundamentais de direito constitucional*. Ed. Saraiva, p.5. Tradução: Carlos dos Santos Almeida.

HESSE, Konrad. *El significado de los derechos fundamentales – Escritos de derecho constitucional*. Tradução Pedro Cruz Villalón e Miguel Azpitarte Sanchez, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Tradução livre do espanhol.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Constitucional da República Federal da Alemanha*. Ed. Fabris, traduzido por Luiz Afonso Heck, p. 37.

HESSE, Konrad. *O significado dos direitos fundamentais. In Temas fundamentais de direito constitucional*. Ed. Saraiva, tradução Carlos dos Santos Almeida.

HIERRO, Liborio L. *Los Derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy – Robert Alexy, derechos sociales e ponderación*. Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 174.

Hobbes (in BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. *Teoria generale de la politica*. Ed. Trotta, trad. Antonio di Cabo e Gerardo Pisarello – tradução livre do espanhol)

HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*. Ed. Alameda.

JEANNENEY, Jean Noël. *Democracia liberal ou social, in Democracia*, Ed. Record, Coord. Robert Darnton e Olivier Duhamel.

José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, item nº 5, 1987, Almedina, Coimbra.

Judicialización y Activismo Judicial en España – Ativismo judicial e déficits democráticos: Algumas experiências latino-americanas e européias. Ed. Lumen Juris, p. 102. Organização: Rogério Gesta Leal e Mônica Clarissa Henning Leal - Tradução livres do Espanhol.

KRELL, Andreas J. *Verbete direitos sociais*, in *Dicionário de filosofia do direito*. Coordenação Vicente Paulo Barreto, Ed. Unisinos-Renovar, p. 251.

KRELL, Andreas. *A efetividade dos direitos sociais no Brasil*, in *Direito constitucional em evolução*, Ed. Juruá.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Ed. Sergio Antonio Fabris, p. 19-20.

KRIELLE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado*, Sergio Fabris Editor, Trad. Urbano Carvelli.

LIMA LOPES, José Reinaldo. *A função política do Poder Judiciário*, in *Direito e justiça: A função social do Judiciário*, Ed. Ática.

LOPES, José Reinaldo Lima. *Justiça e poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição*, in *Revista USP, Dossiê Judiciário*

LOSURDO, Domenico. *Contra-história do liberalismo*. Ed. Idéias e Letras. Tradução de Giovanni Semeraro.

LOWEINSTEIN, Karl. *Teoria da constituição*. Ed. Ariel, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte.

LOWENSTEIN, Carl. *Teoria de la constitucion*. Tradução: Alfredo Gajjago Anabitarte. Ed. Ariel S.A. (tradução livre do espanhol).

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho e constitución*. Ed. Tecnos, Madri. Tradução livre do espanhol.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los Derechos fundamentales*. Ed. Tecnos. Em igual sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ed. RT.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública: instrumento de participação – Participação e processo*. Ed. RT, p.201. Coordenação Ada Pelegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. Ed. RT, p.61.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado contemporâneo. – Estudos de direito processual civil: Homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz Arago*. Ed. RT, p.65.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. Ed. RT, p. 21.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, Ed. RT.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos fundamentales – Teoria geral*. E. Universidade Carlos III. De Madrid.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Ed. Dykinson, p.34-46.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Lecciones de Derechos fundamentales*. Ed. Dykinson – Tradução livre do espanhol.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas – Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. Ed. Saraiva, p.66.

Mateucci, Nicola. *Dicionário de política*. Editora UNB.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo aleman*. Ed. Depalma, traduzido do original em francês por Horacio H. Heredia e ernesto Krotoschin, Tomo I.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*, Ed. Saraiva.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal comentada*. Ed. RT, p.95

MENDES, Aluísio de Castro Mendes. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. Ed. RT, p.29. No mesmo sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. Ed. RT, p.40-41.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Ed. Saraiva, p.223.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Ed. Saraiva. Em similar sentido : PIEROTH Bodo e SCHLINK, Bernhard, *op. Cit.*; LUÑO, Antonio Pérez. *Op. Cit.*

MIN. CELSO DE MELLO, ADPF nº 45-9, STF, RTJ 175/1212/1213.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, Tomo II*, p. 8-9. Coimbra Editora.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, Tomo IV*. Coimbra Editora, p.104.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Ed. Forense, 1ª Edição.

MITIDIERO, Daniel. *As relações entre o processo civil e a Constituição Federal na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual brasileira*. RT 915/501.

MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo nº 183-2010, Ed. RT, pg. 165-194.

MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania*. Ed. Livraria do Advogado, p. 91-92.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *O Estado Constitucional – Entre Justiça e Política. Porém a vida não cabe em silogismos! – Constituição e processo*. Ed. Forum, p. 157. Coordenação de Felipe Machado e Marcelo Cattoni.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas – Políticas públicas: possibilidades e limites*. Ed. Forum, p. 52, 53 e 58. Organizadores: Cristiana Fortini, Julio Cesar dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca Dias)

NALINI, José Renato. *O Poder Judiciário na Constituição de 1988 – Tratado de direito constitucional*. Ed. Saraiva, Coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valdir do Nascimento, vol. 1, p.979.

Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Ed. RT, p. 115.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. Ed. RT, p. 172.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Coimbra Editora, p.319.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra Editora.

NUNES JR., Vidal Serrano. *A cidadania social na constituição de 1.988*. Ed. Verbatim, p.51.

O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição – Revista Forense Comemorativa 100 Anos, p. 763.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro – *in Do formalismo no processo civil*, Ed. Saraiva.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de e MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Ed. Atlas, vol.1, p.127.

Os chamados direitos humanos. In Estudos. Ed. Juarez de Oliveira.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*, Ed. RT, p.68.

PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil*, Ed. Forum.

PEREZ, Marcos Augusto. *A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas – Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. Ed. Saraiva, p. 176. Organizadora : Maria Paula Dallari Bucci.

PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra Editora, p. 110.

PINTO FERREIRA, Luiz. *Direito constitucional moderno*. Ed. Saraiva, 1º volume, p.27-37; MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de direito constitucional*. Ed. Forense Universitária, p. 44-69;

PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos direitos sociais: desafios do sistema global, regional e sul-americano – Temas de direitos humanos*. Ed. Saraiva, p.124.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Ed. Trotta, p. 61 Tradução livre do espanhol.

PIVOESAN, Flavia. *Constituição Federal, relações internacionais e direitos humanos*. In *Constituição Federal*, Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. Ed. RT, p.167.

PIZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Trad. Javier Gimenez Campo.

Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.(RE 603575 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-05 PP-01127 RT v. 99, n. 898, 2010, p. 146-152.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*, Coimbra Editora, p.25;

RAMOS, André de Carvalho, *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, Ed. Saraiva, p.72.

RAMOS, Elival Silva. *Ativismo judicial*. Ed. Saraiva, p.116-117.

RE 603575 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-05 PP-01127 RT v. 99, n. 898, 2010, p. 146-152.

REsp 695.396/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011.

RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e Processo: razão burocrática e acesso à justiça*, Ed. Max Limonad.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O juiz na nova ordem estatal – Perspectivas de direito público, estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Ed. Del Rey, p.258.

ROSA, Alexandre Moraes da. *O juiz veste Prada? o sentido da Deriva Hermenêutica no pós CR 88 – Constituição & ativismo judicial*. Op. Cit., p.25

ROTHEMBOURG, Walter Claudius. *Igualdade – Direitos fundamentais e estado constitucional – Estudos em homenagem a J.J. Canotilho*, Ed. RT, p.351.

SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil de interesse público – Processo civil e interesse público: O processo como instrumento de defesa social*. Ed. Rt, p.40.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Ed. Del Rey.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O estado democrático de direito, in Direito constitucional, estado de direito e democracia*. Ed. Quartier Latin.

SANCHEZ, Miguel Revenga. *Los derechos sociales (Instrumentos de garantia en la constitución espanhola) – Eficácia dos Direitos Sociais, I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil, Espanha, Itália*. Ed. Quartier Latin, p.43, Coordenação Fernando Facury Scaff, Roberto Romboli e Miguel Revenga.; cf. ainda: CARETTI, Paolo. *I diritti sociale nella costituzione italiana e gli strumenti di garantia*. Idem, p.54

SARLET, Ingo Wolfgang, in *Dicionário de filosofia do direito*, Ed. Unisinos/Renovar, p.221.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ed. RT, p.264 – 265.

SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. Ed. RT, p. 75.

SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. Ed. RT.

SARMENTO, Daniel E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Ed. Forum, p.70.

SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos – Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Ed. Lumen Juris, p. 515.; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. Ed. RT; por todos os demais.

SEGADO, Francisco Fernandez. *La dogmática de los derechos humanos*. Ediciones Juridicas. Tradução livre do espanhol.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*, Ed. Malheiros.

SILVA, José Afonso da. *Perspectivas das formas políticas – Perspectivas do direito público*. Ed. Del Rey, p.147 – Coordenação: Carmen Lúcia Antunes Rocha.

SILVA, José Afonso. *Poder constituinte e poder popular*. Ed. Malheiros, p. 200.

SILVA, Ovídio Baptista da. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna – Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Forense, p. 263-282.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Ed. Forense, vol. 1, p.15.

SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. *A crítica comunitarista ao liberalismo – Teoria dos direitos fundamentais*, Ed. Renovar, p.220-221, Organizador : Ricardo Lobo Torres.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculos à realização de direitos sociais – Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Ed. Lumen Juris, p.587. Coordenação Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento.

SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Ed. Giuffrè. Traduzida para o italiano por P. Fiore e J. Luther.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. Ed. Forum, p.211.

STARCK, Christian. *Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. Dimensões da dignidade*. Ed. Livraria do Advogado.

STEINMETZ, Wilson. *Direitos fundamentais e função social do (e no) direito – Função social do direito*. Ed. Quartier Latin, pg. 42.

STRECK, Lênio e MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Ed. Livraria do Advogado, p. 94.

STRECK, Lenio Luis e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Editora Livraria do Advogado, 3ª Edição.

STRECK, Lênio. *A jurisdição constitucional e as promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissório (e dirigente) da Constituição – Revista TRT 9ª Região*, v. 29, nº 52., p. 17-53.

STRECK, Lênio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Ed. Livraria do Advogado, p.33.

STRECK, Lênio. *Um balanço hermenêutico dos vinte anos da Constituição do Brasil: ainda o positivismo, in Constituição e efetividade constitucional*, Ed. Juspodivm.

STRECK, Lênio. *Verdade e consenso*. Ed. Saraiva, p.65.

STTOPINO, Mario. *Dicionário de política*. Coord. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. Ed. UNB.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Ed. Il Mulino, p.561. Tradução livre do texto em italiano.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. Ed. Saraiva, p.33.

TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro*. Ed. Saraiva, p. 26-27.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. Ed. Saraiva, p.25-26.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Ed. Forense Universitária, p. 578.

TORRES, Arthur Luiz Pereira. *Do individualismo ao coletivismo no processo civil brasileiro*. Disponível em: <www.processoscoletivos.net> , acesso em 15.12.2012.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. Ed. Malheiros.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional*. Editora Forense. Tradução de Agassiz Almeida Filho, p.180-181.

VERGOTTINI, Giuseppe di. *Diritto costituzionale comparato*. Ed. Cedam. – Tradução livre do italiano.

VIGORITTI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Giuffré, p.47.

VILLONI, Massimo. *La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso – La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Giuffré.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, in Participação e processo*, Ed. RT.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional de políticas públicas – Mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis – O controle jurisdicional de políticas públicas*. Ed. Gen Forense, p. 213. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. Ed. Malheiros, p.182.

www.stf.jus , acesso em 20.12.2012.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ed. Trotta, p.14-15. Tradução livre do espanhol.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *La legge e la sua giustizia*. Ed. Il Mulino, p.392-393; (*lementos de Derecho constitucional*. Ed. Fontanamara, p.24. Tradução livre do espanhol).

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Stato di diritto e stato costituzionale – Il diritto mite*. Ed. Einaudi, p.43-44.

ZANETI JR., Hermes e DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil – Processo coletivo*. Ed. Juspodivm, p.35-40.

ZANETI, JR., Hermes. *Processo constitucional – Modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Ed. Lumen Juris, p.148

ZOLLO, Danilo. *O Estado de direito, história, teoria, crítica*. Editora Martins Fontes, trad.Carlos Alberto Dastoli.