UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO

EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E TUTELA PROCESSUAL COLETIVA DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

LIANA CIRNE LINS

Recife, março de 2007.

LIANA CIRNE LINS

EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E TUTELA PROCESSUAL COLETIVA DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutora em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Andreas Joachim Krell.

Recife, março de 2007.

Lins, Liana Cirne
Exigibilidade dos direitos fundamentais sociais e tutela inibitória coletiva das omissões administrativas / Liana Cirne Lins. – Recife: O Autor, 2007.
300 fls.

Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2007.

Inclui bibliografia.

1. Direitos fundamentais sociais - Exigibilidade - Justiciabilidade - Brasil. 2. Direitos sociais - Aspectos constitucionais - Brasil. 3. Controle da constitucionalidade - Ação civil pública - Brasil. 4. Tutela inibitória . 5. Omissões administrativas. 6. Responsabilidade do Estado. 7. Separação de poderes - Brasil. 8. Ação civil pública - Brasil. 9. Direito constitucional - Brasil. 10. Direitos fundamentais - Aspectos jurídicos - Aspectos sociais - Brasil. I. Título.

342.7 CDU (2.ed.) UFPE
342.085 CDD (22.ed.) BSCCJ2007-012

Autora: LIANA CIRNE LINS

Título: Exigibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Tutela Processual Coletiva das Omissões Administrativas

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife - Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial à obtenção do grau de Doutora.
Área de Concentração: Direito Público.
Orientador: Prof. Dr. Andreas Joachim Krell.

A Banca Examinadora, composta pelos Professores abaixo relacionados, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa em nível de Doutorado e a julgou nos termos que seguem:

MENÇÃO GERAL: Distinção

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (PPGD/UFPE)
Julgamento: Distinção Assinatura:

Prof. Dr. Lucio Grassi de Gouveia (UNICAP)
Julgamento: Distinção Assinatura:

Prof. Dr. Walber de Moura Agra (UNICAP)
Julgamento: distinção Assinatura:

Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira (PPGD/UFPE)
Julgamento: Distinção Assinatura:

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos (PPGD/UFPE)
Julgamento: Distinção Assinatura:

Recife, 28 de março de 2007.

Coordenador do Curso:
Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Junior

Para meu filho, meu pequeno Nirvana, reinvenção de mim mesma, ressignificação do mundo: cada sorriso teu é como estar no paraíso.

Para meu marido e meu amor: homem que torna o anoitecer e o amanhecer mais bonitos e os dias mais felizes (e bem humorados).

Para Pedro e Luiz.
Meu início, meio e fim.
Marco Zero da minha existência.

AGRADECIMENTOS

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD – da Universidade Federal de Pernambuco, na pessoa de seu coordenador, Prof. Dr. Torquato Castro Junior;

A CAPES, pelo apoio financeiro à pesquisa;

Ao Prof. Dr. Andreas Joachim Krell, pelo exemplo de intelectual comprometido com os valores democráticos e, em especial, pela orientação séria e serena desta tese;

A todos os Professores do PPGD/UFPE, cuja dedicação e compromisso dignificam a Educação deste país, contra todas as mazelas que lhe são opostas. Ao Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa, um agradecimento especial por ter, tão amigavelmente, trazido de suas idas aos pampas o chimarrão que anima o labor intelectual; Aos Professores Doutores Alexandre da Maia e Artur Stamford, pela amizade para além dos debates acadêmicos; Ao Prof. Dr. Ivo Dantas, pela lembrança, quando de sua visita às livrarias européias, e pela acolhida em sua valiosa biblioteca; Ao Prof. Dr. Michel Zaidan; Aos Professores Doutores Gustavo Ferreira Santos e Sérgio Torres Teixeira, pelas sugestões e contribuições.

Aos funcionários do PPGD, pela amabilidade e competência: Josi, Carminha, Eurico, Valéria e Joanita...

Aos amigos amados de Porto Alegre e Florianópolis, que a distância não afasta: Magda Biavaschi e Katie Argüello (amigas-paradigma), Carolina Lusser, Luciano Duarte, Marcelo Sobral, Hudnes Bonfim, Décio, Cristiano, Alex Falkenberg, Hugo Belitardo, José Wayne, Leila Zotz, Letícia Martel, Silvana de Lucca, Tia Ivaneide e Tio Carlos, Tia Ivanete, Carlinhos, Marcelo, Flávia e Felipe e todos os que têm um lugar no coração, que transborda as fronteiras do Sul...

Aos amigos amados do Recife que, pelo carinho com que me receberam, fizeram-me sentir em casa tão logo cheguei à terra dos altos coqueiros. Estes amigos construíram pontes entre o Guaíba e o Capibaribe e por esta razão (e tantas outras), devo-lhes um obrigada emocionado: Ricardo Jorge Guedes, Catarina Oliveira, Clarissa Marques, Reginaldo Valadares, Larissa Leal, Bruno Galindo, Thaís Alves, Evaldo Souza, Rosana Grinberg, Raimundo Barros, Marcelo, Aécio Bandeira, Evandro Rosendo, Laurênio Feitosa, Ghustavo Távora, Alexandre Costa, Walber Agra, Paulo Muniz, Fabíola Albuquerque, Antonieta Lynch, Marília Montenegro, Verônica Guimarães, Virgínia Leal, Alexandre Saldanha, Francisco Barros e todos os que fazem meu coração bater no ritmo do maracatu...

Aos meus alunos, queridos companheiros das viagens intelectuais, um agradecimento fraterno e especial.

À família que ganhei: Seu Araújo, Dona Fátima, Priscila e Vanessa. E, claro, Mateus, nosso Pequeno Príncipe...

A meu pai, Ivanildo, e às minhas irmãs, Michele e Alessandra, que vibraram e me incentivaram durante toda a trajetória do doutorado e da vida.

A minha mãe, Ziuna, mulher, mãe e avó maravilhosa, que tornou possível, mais uma vez, esta conquista que é tão dela quanto minha.

A Deus, que me abençoou com minha família maravilhosa, que comigo foi co-doutoranda, e com as paixões e os ideais que impulsionaram esta tese. Obrigada.

SUMÁRIO

NEM PANACÉIA, NEM NIILISMO: DESAFIOS À CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL PLENA.....11

CAPÍTULO 1: EXIGIBILIDADE E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....18

1.1. Ulisses, Penélope e a Odisséia Dos Direitos Sociais.....18
1.2. Estrutura dos Direitos Fundamentais.....21
1.2.1. A Escolha da Expressão "Direitos Fundamentais" 21
1.2.2. Breve Perspectiva Histórica e as Dimensões dos Direitos Fundamentais.....22
1.2.3. Conceito e Estrutura dos Direitos Fundamentais.....27
1.2.3.1. Positivação, Constitucionalização e Fundamentalidade.....27
1.2.3.2. Conceitos Formal, Material e Procedimental.....28
1.2.3.3. Os Direitos Fundamentais como Direitos Subjetivos ou como Normas Objetivas.....29
1.2.3.4. Direitos Fundamentais Como Posições Jurídicas e Direitos Sociais.....31
1.2.4. Direitos Fundamentais, Princípios e Ponderação.....33
1.3. Exigibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais: Compreender Sua Estrutura e Despir-lhes dos Andrajos.....36
1.3.1. Conceituando os Direitos Fundamentais Sociais.....38
1.3.2. Os Direitos Sociais e sua Fundamentalidade.....43
1.3.3. Vinculação dos Direitos Sociais: Formalmente Reconhecida e Materialmente Negada.....45
1.3.4. Densidade Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais.....48
1.3.4.1. Densidade Normativa e Exigibilidade dos Direitos Sociais.....48
1.3.4.2. Desideologizando a Densidade Normativa.....52
1.3.5. Aplicabilidade e Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais.....58
1.3.5.1. Aplicabilidade Imediata das Cargas Eficaciais.....58
1.3.5.2. Tipos Eficaciais Imediatos e Mediatos.....59
1.3.6. Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais.....64
1.3.6.1. Custos dos Direitos Sociais e Reserva do Possível: Verdades e Falácias.....66
1.3.6.2. Ativismo Judicial *versus* Reservas do Legislador e do Administrador: Crítica à Leitura da Separação dos Poderes "à Direita" de Montesquieu.....75
1.4. Penélope e Ulisses Retomam o Pacto: Argumentos Finais Pela Exigibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais.....85

CAPÍTULO 2: ESPECIFICIDADES DA EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: CO-TITULARIDADE E OBJETIVIDADE.....89

2.1. Repensar as Categorias em Torno aos Direitos Sociais: O Livro Dos Seres Imaginários?.....89
2.2. Os Direitos Fundamentais Sociais São Mesmo Sociais: Notas Acerca de Sua Titularidade.....93
2.2.1. Os Direitos Sociais como Asseguramento da Liberdade Fática.....93
2.2.2. Os Direitos Fundamentais Sociais são Mesmo Sociais: Uma Contribuição Feminista para Compreensão de sua Titularidade.....96
2.2.3. Da Titularidade à Co-Titularidade: *Egaliberté* Como Princípio Dialético para Mediação do Entre Individualismo e Coletivismo.....108
2.3. A Inadequação da Categoria de Direito Subjetivo Para Imponibilidade Dos Direitos Sociais.....114
2.3.1. Conceituando e Desfazendo o Conceito de Direito Subjetivo.....114
2.3.2. A Inadequação da Categoria Direito Subjetivo para Imponibilidade dos Direitos Sociais, Mesmo em sua Feição de Direito Público Subjetivo.....122

2.4. O Jardim Dos Caminhos Que Se Bifurcam: Por Uma Revisão da Dimensão Objetiva Dos Direitos Fundamentais.....137
2.4.1. A Dupla Dimensão dos Direitos Fundamentais: Mais-Valia ou Desvalor?.....137
2.4.2. A Dimensão Subjetiva dos Direitos Fundamentais.....139
2.4.3. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Uma Dimensão Impotente?.....141
2.4.3.1. O Enquadramento dos Direitos Sociais na Dimensão Objetiva.....141
2.4.3.2. Dimensão Objetiva e Densidade Normativa.....147
2.4.4. Reconhecendo Exigibilidade à Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais.....149

CAPÍTULO 3: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA: UM ENFOQUE DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO.....156

3.1. Por Um Direito Processual Constitucionalmente Adequado: Construindo Laços Entre a Jurisdição Constitucional e a Desejada Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais.....157
3.2. O Controle de Constitucionalidade das Omissões Administrativas.....176
3.2.1. A Omissão Inconstitucional e Seu Controle.....179
3.2.1.1. Controle Constitucional dos Atos Administrativos: Posicionamento do Supremo Tribunal.....186
3.2.2. Controle de Constitucionalidade por Omissão Legislativa e por Omissão Fática: Um Paralelo a Partir do Direito Processual Constitucional.....190
3.2.2.1. O Direito Processual Constitucional é Indispensável à Adequada Tutela dos Direitos Fundamentais: Análise de Alguns Exemplos.....194
3.2.3. O Controle de Constitucionalidade Difuso e Participação Democrática na Concretização Constitucional.....201
3.2.4. O Constitucionalismo Contra a Democracia?.....209

CAPÍTULO 4: A TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA DAS PRESTAÇÕES FÁTICAS DEVIDAS PELO ESTADO E A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....213

4.1. Ação Civil Pública e Controle Constitucional das Omissões Administrativas.....213
4.1.1. Direitos Sociais Como Direitos Transindividuais e Ação Civil Pública.....219
4.1.1.1 Da Noção Carneluttiana de Interesse ao Interesse Social.....220
4.1.1.2. Os Direitos Transindividuais e a Ação Civil Pública.....223
4.1.2. Priorização da Tutela Coletiva Sobre a Individual na Defesa dos Direitos Sociais.....226
4.1.2.1. Co-Titularidade Social dos Direitos Sociais e Tutela Coletiva.....226
4.1.2.2. O Artigo 7º da Lei da Ação Civil Pública e o Papel do Juiz no Controle de Constitucionalidade Difuso das Omissões Administrativas.....230
4.1.3. Ação Civil Pública e Justiciabilidade da Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais.....234
4.1.4. Subsistem as Condições da Ação?..... 236
4.1.4.1. A Possibilidade Jurídica do Pedido.....238
4.1.4.2. Interesse de Agir: Necessidade e Adequação da Tutela em Sede de Direitos Transindividuais.....240
4.1.4.3. Legitimação Processual e Co-Titularidade: Encontrando um Autor Para os Direitos Fundamentais Sociais.....244
4.2. A tutela inibitória coletiva dos direitos fundamentais sociais.....253
4.2.1. A Tutela Inibitória e o Controle das Omissões Administrativas: Pode o Judiciário Determinar Gastos à Administração?.....253
4.2.2. Conceito e Abrangência da Tutela Inibitória.....256
4.2.3. Tutela Inibitória e Mudança Paradigmática: Gânia e os Talentos do Dinheiro.....258
4.2.4. Prevenção e Ilícito: Irrelevância do Dano e da Culpa e sua Repercussão quanto à Prova...265

4.2.5. A Tutela Inibitória Coletiva das Prestações Fáticas Positivas Estatais: Efetividade na Defesa dos Direitos Fundamentais Sociais.....267
4.2.6. A Multa e o Convencimento do Réu: Traga a Carteira, Smiters.....270
4.2.7. Poder Discricionário, Tutela Inibitória e Pedido Alternativo: Instrumentalizando o Equilíbrio Desejado Entre o Político e o Jurídico.....274

INCERTEZAS PARA ALMAS NOVAS: DESEJOS E TAREFAS.....281

REFERÊNCIAS.....285

RESUMO

Palavras-chave: 1. exigibilidade dos direitos sociais; 2. co-titularidade social; 3. controle de constitucionalidade de omissões administrativas; 4. tutela inibitória coletiva.

O presente trabalho versa sobre a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, avaliando, num primeiro momento, as razões usualmente opostas à sua justiciabilidade, quais sejam, as reservas do legislador, do administrador e do financeiramente possível, verificando que tais argumentos, mesmo quando legítimos, não podem ser esgrimidos como desautorizações genéricas apriorísticas, do que resulta serem os direitos sociais sempre passíveis de submissão ao crivo jurisdicional. Verificada sua justiciabilidade, analisam-se as formas específicas que a mesma assume, tendo em vista sua diferença face à justiciabilidade dos direitos de cunho individual. Assim, conclui-se pela exigibilidade específica dos direitos sociais, que não se reconduzem a direitos subjetivos, em vista da inadequação deste conceito à sua aplicabilidade. Sua titularidade manifesta-se, assim, como co-titularidade social e sua exigibilidade, por não perpassar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, conduz a uma leitura da dimensão objetiva como imponível e apta a gerar eficácia. Finalmente, observa-se a adequação da via processual coletiva como via adequada ao controle difuso de constitucionalidade das omissões administrativas, fundado na noção de um Direito Processual Constitucionalmente adequado. Articulam-se, então, a tutela inibitória e a tutela coletiva como instrumentos voltados ao adimplemento dos deveres estatais concernentes em prestações fáticas positivas estabelecidos pelas normas de direito social.

ABSTRACT

Key-words: 1. liability for social rights; 2. control of the constitutionality of administrative acts of omission; 3. collective and inhibitory tutelage.

This paper addresses the issue of liability for basic social rights. Firstly, it assesses the arguments usually advanced in opposition to the legal validity of these, such as, reservations as to whether they can be legislated on or administered and regarding the financial feasibility of so doing. It adduces that such arguments, even when legitimate, cannot be wielded as an instrument for *a priori* discrediting of social rights as such. It thereby follows that social rights should always be put to jurisdiction. Having established their legal validity, the specific forms that social rights may adopt are investigated, bearing in mind the difference in legal status between such rights and those of an individual cast. It is concluded that social rights entail a specific form of liability and cannot be reduced to individual rights, as the concept underlying the latter cannot be used effectively to enforce the former. Social rights are held collectively by a social group, as liability for them is not bound up with the subjective dimension of fundamental rights. This means that their objective dimension can be effectively upheld. Finally it is observed that collective due process constitutes that which is conducive to far-reaching control of the constitutionality of administrative acts of omission, founded on the notion of a constitutionally adequate procedural law. Collective and inhibitory tutelage thus come together to act as effective tools to ensure fulfillment of the state's obligations regarding taking positive concrete measures as established by the norms of social law.

NEM PANACÉIA, NEM NIILISMO:
DESAFIOS À CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL PLENA

> Baldado esforço o teu se queres sentir outras coisas sem sentires de outra maneira, e sentires sem mudares de alma. Porque as coisas são como nós as sentimos (..) e o único modo de haver coisas novas, de sentir coisas novas é haver novidades no senti-las.
> *Fernando Pessoa [Bernardo Soares]. O Livro do Desassossego, p. 284.*

> Só a paixão aguça o intelecto e colabora para a intuição mais clara; porque sendo a realidade o resultado de uma aplicação da vontade humana à sociedade das coisas (...) só quem deseja fortemente identifica os elementos necessários à realização da sua vontade.
> *Gramsci. Maquiavel, a Política e o Estado Moderno, p. 41.*

Ultrapassado o umbral do séc. XXI, permanecem frustradas as expectativas de que o Brasil atinja padrões mínimos de dignidade para milhões de pessoas abaixo das linhas da pobreza e da miséria. Muito embora se veja um tímido crescimento na área de políticas públicas, os direitos sociais constitucionalmente consagrados permanecem, de forma sistemática e vergonhosa, desatendidos.

Diante deste quadro, tem sido comum a discussão acerca do papel e dos limites do Judiciário na condição de garante destes direitos sonegados. Não raro, vêem-se as iniciativas legais e teóricas para imprimir eficácia aos direitos que encerram uma prestação positiva do Estado serem totalmente esvaziadas de sentido e objetivo[1], escamoteando-se a estagnação das mudanças sociais por trás de uma questionável hermenêutica do princípio da separação dos poderes. Com isto, o conservadorismo inerente à corrente desautorizadora da aplicação judicial dos direitos sociais estrutura-se *não na negação* de sua normatividade, mas num acintoso *niilismo* quanto à sua eficácia.

[1] "Não surpreende, pois, que institutos jurídicos importantes como o mandado de injunção e a substituição processual, previstos na nova Constituição, assim como a tutela antecipatória contra o Poder Público tenham sido redefinidos e tornados ineficazes pelo *establishment* jurídico-dogmático" (STRECK, 2001, p. 37-38).

Por outro lado, um profundo descrédito quanto à possibilidade de que as opções travadas no campo da política possam realizar os preceitos constitucionais faz com que alguns erijam o Judiciário como instância capaz de suplantá-la, numa igualmente questionável desconsideração daquele princípio.

Diante deste quadro, o jurista vê-se frente a um dilema: entre um Judiciário que assuma o papel de "panacéia para resolver problemas brasileiros de ordem inteiramente distinta" (ADEODATO, 2003, p. 88) e um Judiciário "impotente" para solver problemas que fugiriam do esquema conflitual tradicional, em razão do caráter político inerente às prestações de direitos sociais. O dilema, porém, é falso: o estudo do tema não deve conduzir *nem à panacéia, nem ao niilismo*.

Evidentemente, não se pode negligenciar o contexto da fala. Quando se sabe que um terço da população não tem banheiro – exemplo capaz de sintetizar qualquer outro dado sobre exclusão social – e que a Constituição brasileira é marcada pela incorporação de compromissos substanciais ético-comunitários, é difícil "escapar ileso" da percepção da contradição cruel entre uma sociedade carente de realização dos direitos que foram amplamente assegurados pela Carta Magna.

O pano de fundo desalentador no qual se trava este debate conduz a que a discussão seja travada muitas vezes com paixão, dado o impacto social que a mesma produz. Tampouco é difícil ver os diferentes pontos de vista recaírem em maniqueísmos e posições ideologizadas que dificultam a abordagem objetiva do tema. A adoção do método dialético[2] como fio condutor, portanto, mostra-se imprescindível. Afastar soluções unilaterais não implica recair em ecletismos conciliadores de pontos de vista inconciliáveis: implica exercício dinâmico e

[2] Por método dialético indica-se o modo de pensar "atento à infinitude do real e à irredutibilidade do real ao saber – implica um esforço constante da consciência no sentido de ela se abrir para o reconhecimento do novo, do inédito, das contradições que irrompem no campo visual do sujeito e lhe revelam a existência de problemas que ele não estava enxergando" (KONDER, 1988, p. 9).

renovável de negação e ressignificação, permitindo uma abordagem que seja, ao mesmo tempo, apaixonada e autocrítica.

Parte-se da premissa de que o tratamento concedido aos direitos de liberdade e aos direitos sociais seja marcado por uma disparidade quase sempre arbitrária. Ao passo que o reconhecimento da normatividade e da vinculatividade em relação aos primeiros é assente, o mesmo não se dá em relação aos segundos, cujas reais dificuldades de concretização são potencializadas em vista dos obstáculos ideológicos[3] que àquelas se somam. Configura-se o que se chamou de *normatividade* dos direitos de liberdade que atendem aos interesses das classes hegemônicas e *nominalidade* daqueles que atendem às classe oprimidas[4] (CLÈVE, 1999, p. 210).

Em razão disto, o ponto de partida deste trabalho é a constatação de uma *concretização constitucional seletiva*. Ora, como esta idéia é uma contradição em termos, nenhuma preocupação quanto ao descompasso na observação dos direitos fundamentais é excessiva. Assim, esta tese tem um fim determinado: contribuir para ampliação da eficácia dos direitos fundamentais como um todo, o que se vai chamar de *concretização constitucional plena*, que significa avançar em relação aos direitos sociais sem recuar quanto aos direitos de liberdade.

À pergunta comumente proposta, sobre até onde é lícito ao Judiciário interferir na esfera dos direitos sociais sem substituir-se aos demais poderes estatais, acrescenta-se outra: *quais são os meios* que se mostram adequados a esta intervenção jurisdicional?

O projeto inicial desta tese previa apenas a preocupação com a segunda pergunta, de índole processual. Entretanto, tomou-se como norte orientador do trabalho a lição de Cappelletti (1988, p. 12), de acordo com a qual o processo não pode ser posto no vácuo e,

---

[3] Relembre-se que a ideologia não é resultado da conspiração das elites, pois "se assim o fosse, seria muito fácil acabar com uma ideologia. A ideologia resulta da prática social" (CHAUÍ, 1994, p. 92).

[4] É sintomático, portanto, que o tratamento dos direitos fundamentais nos estudos sobre jurisdição constitucional acabe limitando-se às *garantias individuais do exercício das liberdades.*

portanto, a fim de preencher o vácuo, o estudo dos direitos fundamentais sob a ótica material tornou-se indispensável. Até porque pensar os direitos sociais processualmente implica pensá-los *em um processo*, o que, por sua vez, impõe admitir sua justiciabilidade e repensar a legitimidade da esfera judicial para atuação destes direitos.

Assim, o primeiro capítulo é dedicado a verificar a normatividade, exigibilidade e justiciabilidade dos direitos sociais – levando-se em conta que, infelizmente, longe estão de poder ser comodamente pressupostas – bem como *em que condições* são os mesmos exigíveis e justiciáveis, procedendo-se à análise crítica das três reservas que lhes são opostas – financeira, do legislador e do administrador.

O segundo capítulo orienta-se pelo objetivo de demonstrar as especificidades dos direitos fundamentais sociais e pela necessidade de que tais especificidades não sejam ignoradas, "pasteurizadas", quando do regime de eficácia dos direitos fundamentais. Disto decorre a necessidade de revisão de conceitos que se transformaram em "totens" do edifício teórico tradicional, e que – dada sua inadequação face à compreensão (e efetivação) dos direitos sociais – são colocados em xeque, exigindo revisão doutrinária, uma vez que a inadequação de um conceito em relação aos direitos sociais, antes de acarretar desqualificação destes direitos, pode acarretar desqualificação do conceito, na situação dada.

Numa realidade de extremos obstáculos (persistentes obstáculos) ao acesso à justiça, em que as classes mais necessitadas da intervenção judicial para que se façam respeitar seus mais elementares direitos são, paradoxalmente, as que menos acesso têm, a simples existência de mecanismos de legitimação coletiva não se mostra suficiente a suprir o problema de acesso à justiça daqueles que parecem ter inspirado a introdução do filme "O Processo", de Orson Welles, baseado no romance de Kafka, pois que os mesmos não são suficientes para modificar a tradição da demanda individual ao Judiciário, nem, ousa-se dizer, o profundo preconceito da classe dos magistrados frente às ações coletivas. E isto para os direitos sociais é a máxima das

contradições: eles são afastados daqueles a quem se dirigem (GOZAÍNI, 1995, p. 50)! Assim, no terceiro capítulo, vai-se propor que as omissões administrativas sejam objeto de controle constitucional difuso, pela via da ação civil pública, propondo-se a priorização da demanda coletiva face à individual, sem denegação da possibilidade da última.

O quarto capítulo destina-se a analisar a tutela inibitória, em sua feição coletiva, como via processual adequada à efetivação daquele controle, pela imposição do fazer objeto do direito social pleiteado. Da mesma forma, o estudo das técnicas processuais permite verificar que a celeuma em torno à contradição entre discricionariedade administrativa e imposição judicial de deveres à Administração pode ser notavelmente minimizada.

Convém, finalmente, ressaltar entendimento em que se calca este trabalho, no âmbito da sociologia do conhecimento: não existe saber descompromissado. Todo conhecimento é condicionado política, econômica e socialmente. O saber jurídico, entretanto, é marcado por uma *pretensão neutralizadora* assaz insalubre. Tal pretensão de neutralidade científica associa-se ao método positivista – que, por seu conservadorismo e comprometimento com as classes dominantes, é reconhecido como acentuadamente condicionado, a despeito de apoiar-se em suposta neutralidade axiológica (LÖWY, 1994, p. 32)[5].

[5] Em *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen*, Michel Löwy (1994, p. 32) diz que "Liberar-se por um "esforço de objetividade" das pressuposições éticas, sociais ou políticas fundamentais de seu próprio pensamento é uma façanha que faz pensar irresistivelmente na célebre história do Barão de Munchhausen, ou este herói picaresco que consegue, através de um golpe genial, escapar ao pântano onde ele e seu cavalo estavam sendo tragados, ao puxar a si próprio pelos cabelos... Os que pretendem ser sinceramente seres objetivos são simplesmente aqueles nos quais as pressuposições estão mais aprofundadamente enraizadas. *Para se liberar destes "preconceitos" é necessário, antes de tudo, reconhecê-los como tais*" (grifou-se). Aliás, este é o exemplo dado por Peces-Barba (2006, p. 75): "inicio aceitando que, no âmbito das crenças sociais em geral, e nas jurídicas em particular, a descrição ou narração de fatos é de imposible neutralidade. Fui magistrado e sou socialista e ambas as circunstâncias a limitam. O maior esforço que devo fazer neste campo deve iniciar por reconhecê-las, ainda que acredite ser possível distanciar-me suficientemente, para que não se produza uma distorção excessiva" [parto aceptando que, en el ámbito de las creencias sociales en general, y en las jurídicas en particular, esa descripción o narración de hechos es de imposible neutralidad. Fui ponente y soy socialista, y ambas circunstancias la limitan. *El mayor esfuerzo que debo hacer en ese campo tiene que empezar por reconocerlas*, aunque creo que puedo tomar suficiente distancia para que no produzcan una distorsión excesiva] (grifou-se).

Sob o manto da neutralidade, a retórica jurídica do *establishment* tem um meio eficaz de banalização da violência que decorre da política da exclusão (ARRUDA JR., 1993, p. 40-41; STRECK, 2004, p. 13-49), uma vez que a neutralidade pregada pela doutrina liberal-normativista toma por base o *status quo* (BARROSO, 2003, p. 289).

Assim, a explicitação da finalidade concretizadora deste trabalho, acima exposta, apóia-se na convicção de que quanto mais se reconhecem os condicionamentos do conhecimento, mais se pode aproximar da imparcialidade científica[6]. Somado a isto, acredita-se que o tratamento técnico-jurídico dos direitos sociais corrobora sua concretização. Daí a necessidade de que a análise da estrutura dos direitos sociais deva pautar-se por um "exercício desideologizador", entendendo-se por isto o necessário esforço crítico para o exame dos direitos sociais que, não raro, é obscurecido pelo conteúdo ideológico que se impõe ao tema.

Uma observação final deve ser feita. Como se acredita que temas tradicionais foram abordados de forma diferenciada, o recurso à literatura e ao cinema – eventualmente permeados de caráter lúdico – não atenta, quer-se crer, contra o método científico. Em especial, o recurso às metáforas literárias teve o objetivo de contribuir para que o "novo" pudesse ser apreendido. Num cenário em que se alega não ser mais necessário reformar códigos, mas mentalidades, julga-se que a Arte tem tanto a contribuir quanto as próprias teorias a respeito de cada tema. Não por outra razão Proust debruçou-se sobre a força do hábito em tolher a novidade do novo e Fernando Pessoa disse ser vão todo esforço em apreender coisas novas sem a construção de uma alma nova. A capacidade para construir uma alma nova, com a qual se possa acolher novas teorias ou mesmo as velhas, com nova

[6] Como aponta Boaventura de Sousa Santos (1994, p. 152) acerca da imparcialidade na atividade julgadora – e que pode ser apropriado no contexto da imparcialidade na atividade de investigação teórica dos juristas: "a importância crucial dos sistemas de formação e de recrutamento dos magistrados e a necessidade urgente de os dotar de conhecimentos culturais, sociológicos e económicos que os esclareçam sobre suas próprias opções pessoais e sobre o significado político do corpo profissional a que pertencem, com vista a possibilitar-lhes um certo *distanciamento crítico e uma atitude de prudente vigilância pessoal no exercício das suas funções* numa sociedade cada vez mais complexa e dinâmica" (grifou-se).

perspectiva, porém, não se proporciona por estas mesmas teorias. Se for possível despertar uma alma nova, a Arte exercerá nesta tarefa papel fundamental.

CAPÍTULO I:
EXIGIBILIDADE E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e a UNICEF estimam que um gasto anual de 80 bilhões de dólares em um período de dez anos permitiria garantir a todo ser humano o acesso à educação básica, aos cuidados básicos de saúde, a uma alimentação adequada, à água potável e às infra-estruturas sanitárias, assim como, para as mulheres, o acesso aos cuidados ginecológicos e obstetrícios.
Oitenta bilhões de dólares é, em 2001, quase três vezes menos o que o Terceiro Mundo paga por sua dívida externa pública; é aproximadamente um quarto do orçamento militar dos Estados Unidos; 9% das despesas militares mundiais; 8% das despesas publicitárias anuais no mundo; metade da fortuna das 4 pessoas mais ricas do planeta. É impossível esperar da lógica do mercado que ela satisfaça estas necessidades essenciais. 1,3 bilhões de pessoas que não dispõem de água potável não têm poder aquisitivo suficiente para que os mercados se interessem por elas. Apenas políticas públicas poderão garantir a todos e todas a satisfação das necessidades humanas fundamentais.
Eric Toussaint. Abolir a Dívida para Libertar o Desenvolvimento, p. 181.

E em primeiro lugar é evidente que a lei, em geral, não é um conselho, mas uma ordem.
Thomas Hobbes. Leviatã, p. 226.

A mãe consintas, filho,
Que me tente e ao final se desengane;
Sujo e torpe, ela estranha-me e repugna.
Homero. Odisséia. Livro XXIII, versos 70-75.

1.1. Ulisses, Penélope e a odisséia dos direitos sociais

O clássico de Homero, A Odisséia, fundou no imaginário coletivo a idéia da mulher fidelíssima, Penélope, que espera por seu amado, Ulisses, pelo longo período de vinte anos. Ao contrário das donzelas de hoje, Penélope dispõe de muitos pretendentes que lhe almejam a mão e, na ausência do Rei, a "casa estragam" (HOMERO, 1996, p. 79).

Seus pretendentes não se conformam com tamanha espera. A Rainha, porém, é "de astúcias mestra" e, para aplacar as exigências dos pretendentes que ordenam "marido a sabor dela o pai escolha", por quase quatro anos os iludiu, a esperarem findasse de tecer um "funéreo manto rico" a Ulisses, que se supunha morto. Porém, "de indústria, engenho e ardis, a ornou Minerva" e a Rainha, à noite, desmanchava o lavor diurno (Livro II, versos 60 a 75).

Assim, depois de passar os dias tecendo a mortalha, Penélope passava as noites desfazendo as mesmas tramas, com intuito de nunca concluí-la e de nunca dispor-se a aceitar quaisquer de seus pretendentes. Daí a configuração de sua imagem de mulher fidelíssima, capaz de esperar com devoção única pelo amado marido.

Entretanto, o mesmo destaque não recebe o comportamento de Penélope quando do retorno de Ulisses à Ítaca, no qual nada há de fiel e amoroso. O marido a quem pretensamente esperava, não reconhece. Mais até. Ulisses é rejeitado e repelido por Penélope, que não aceita a idéia de que alguém tome o seu lugar vazio. Nem mesmo o próprio Ulisses.

Assim é que, depois de vingado por cruel assassinato dos pretendentes e das servas infiéis, Ulisses aguarda que a esposa o fite e lhe fale. Mas ela, "em silêncio estúpido, ora o encara, ora pelo seu trajo o desconhece", em atitude de estranheza e de repulsa[7].

Tomemos de empréstimo a alegoria de Homero para compreender a situação dos direitos fundamentais sociais.

Para tanto, Penélope, a esposa pretensamente fiel e devotada, será o positivismo legalista que inspira o que se chama de "epigonismo positivista"[8] (CANOTILHO, 1999, p. 1045).

Ulisses, o bravo herói cuja difícil jornada de retorno, já por todos desacreditada em Ítaca, e recusado pela esposa, é os direitos fundamentais sociais.

Penélope, famosa por sua fidelidade a Ulisses, não o reconhece. Nem deseja reconhecê-lo. Está tão ensimesmada, tão envolvida com suas agulhas, que já não deseja ser a mulher de Ulisses. Este se torna tão-somente na escusa retórica para que a bela dama possa derramar-se ao seu ostracismo, à sua *autopoiese*[9]...

---

[7] Pela frieza da mãe, censura-lhe Telêmaco. Ulisses, entretanto, intervém (Livro XXIII, versos 70-75): "A mãe consintas, filho, que me tente e ao final se desengane; sujo e torpe, ela estranha-me e repugna."

[8] O epigonismo positivista consiste na *postura relapsa* dos operadores jurídicos em ultrapassar os postulados positivistas, por mais elaborada que se encontre a metodologia pós-positivista (CANOTILHO, 1999, p. 1045).

[9] A equiparação entre o ostracismo de Penélope e *autopoiese* deve-se ao fato de que a atitude de Penélope, ensimesmada com suas agulhas, indisposta ao mundo ao redor, assemelha-se à postura daqueles que interpretam

Assim, a Odisséia de Ulisses passa a ser a odisséia dos direitos sociais pelo seu reconhecimento: para que sua juridicidade seja reconhecida[10].

Fiel ao seu apego positivista e à sua devoção à neutralidade, Penélope gasta os dias tramando seu discurso de subserviência à lei e as noites desfazendo as tramas daqueles direitos, com agulhas hermenêuticas deficitárias de constitucionalismo.

É irresistível a imagem da doutrina positivista legalista, tão retoricamente ligada à subserviência à lei[11], que, diante dos direitos sociais, é incapaz de reconhecer-lhes juridicidade. A esposa fiel recusa o esposo pelos trajes "sujos e torpes" que veste.

A pretensão que aqui se esboça é a de despir Ulisses dos andrajos que impedem Penélope nele reconheça o Rei: é, portanto, a de contribuir para que os direitos fundamentais sociais tenham sua juridicidade e exigibilidade reconhecidas, o que se entende ser possível pela análise objetiva e desideologizada da sua estrutura.

Os "andrajos" bem simbolizam o invólucro ideológico que reveste o tema e que impede se reconheça o Rei, tal como os direitos sociais não são reconhecidos por suas diferenças estruturais face aos direitos de liberdade da primeira dimensão dos direitos fundamentais.

---

o Direito como fenômeno auto-referencial, igualmente alheio ao entorno. Isto porque embora o significado da lei não seja autônomo, seja, antes, heterônomo (RAMALHO, 1996, p. 29) e embora lingüisticamente todo código seja uma condição de sentido (WARAT, 1994, p. 54), por outro lado, são postulados comuns ao positivismo as idéias de que "as normas positivas constituem um universo significativo auto-suficiente" ou que "as normas jurídicas são esquemas conceituais abstratos e inflexíveis, ficando descartado como irrelevante tudo aquilo que as mesmas não prescrevem" (WARAT, 1994, p. 55 e 56, respectivamente).

[10] Ao falar-se de reconhecimento da juridicidade dos direito sociais quer-se significar não só um reconhecimento no plano discursivo, retórico, nominal. Significa antes de tudo encontrar a necessária tradução deste reconhecimento no plano da eficácia dos direitos. A ela são opostos, como forma de negação sutil e tácita da juridicidade dos direitos sociais, a reserva do possível e a reserva do legislador e, especialmente, obstáculos de cunho ideológico que potencializam as dificuldades inerentes à sua concretização. Assim, *cria-se a situação antitética de reconhecer o caráter normativo e vinculante dos direitos sociais sem reconhecer as conseqüências que disto devem decorrer*, situação que aqui se designa abreviadamente de *negação mascarada da juridicidade* destes direitos.

[11] "Esta pretensão cultural da classe dominante identifica as suas conveniências e princípios com os da sociedade inteira (...) Está aí a raiz social dos positivismos jurídicos. Eles divinizam a ordem e fazem do jurista o servidor cego e submisso de toda e qualquer lei." LYRA FILHO, 1990, p. 78-79. Infelizmente, Roberto Lyra Filho não pôde nos brindar com sua escrita afiada contra mais esta artimanha do positivismo jurídico: a de negar juridicidade às leis que contrariam as "conveniências e princípios" da classe dominante.

1.2. Estrutura dos direitos fundamentais

1.2.1. A escolha da expressão “direitos fundamentais”

Com o objetivo de permitir uso unívoco e coerente da expressão “direitos fundamentais”, convém determinar as razões da escolha e destacar que o estudo histórico dos direitos fundamentais mescla-se, muitas vezes, com a própria questão terminológica e com a variação de termos e expressões utilizadas seja como sinônimos, seja com significações e conseqüências distintas.

A heterogeneidade terminológica que o tema inspira faz denominar os direitos fundamentais (ou facetas dos direitos fundamentais), para além de direitos humanos, de liberdades públicas, direitos de liberdade, direitos naturais, direitos civis, direitos morais, direitos dos cidadãos, direitos públicos subjetivos, dentre outras variações que se ligam às idéias que predominaram em certos períodos históricos a respeito dos direitos fundamentais (PECES-BARBA, 1999, p. 22; SARLET, 2001, p. 32).

A consagração da expressão *direitos fundamentais* coincide com a positivação constitucional dos até então chamados direitos humanos[12], que marca a proteção destes mesmos direitos sob a forma de normas de Direito Constitucional.

Isto não implica uma narrativa fechada e em dessintonia com um sistema aberto de regras e princípios. Nem tampouco que, com esta abordagem, deixem os direitos fundamentais de ser elementos constitutivos da legitimidade constitucional ou que com isto se apaguem as raízes fundamentantes dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 1999, p. 353-354).

---

[12] Com isto não se quer dizer que há uma superação histórica e linear da expressão *direitos humanos* e de seu significado. Ao contrário, a expressão direitos humanos guarda atualidade e mesmo uma interconexão com os direitos fundamentais. Além disto, a expressão direitos humanos não se restringe às discussões da dogmática jurídica. Igualmente, nela também há uma dimensão positiva, em especial quando se trata dos direitos em nível internacional, positivados em pactos e convenções internacionais, caso em que sua consagração deve-se antes à atribuição de direitos às pessoas do que ao Estado ou outras instituições internacionais (MIRANDA, 2000, p. 54).

Afinal, “se a Constituição é o fundamento da ordem jurídica, o fundamento de validade de todos os actos do Estado (...), direitos fundamentais são os direitos que, por isto mesmo, se impõem a todas as entidades públicas e privadas (...) e que incorporam os valores básicos da sociedade” (MIRANDA, 2000, p. 52). Ainda, com isto não se quer reduzir a problemática dos direitos do homem à sua positivação, o que, além de representar uma atitude conservadora e de resignação, poderia implicar na negação da dimensão utópica dos direitos fundamentais (MIRANDA, 2000, p. 45).

Entretanto, conforme enumera Peces-Barba (1999, p. 36-38), as razões que dão preferência à expressão “direitos fundamentais” em relação a “direitos humanos” são: sua maior precisão e menor ambigüidade; não incorrer nos reducionismos jusnaturalistas ou juspositivistas; sua dimensão jurídico-positiva; ao mesmo tempo em que não perde de vista sua dimensão moral. Assim, e tendo em vista que este estudo delineia-se pelo viés da teoria jurídica constitucional, preferir-se-á a denominação (e conseqüente delimitação) *direitos fundamentais*.

1.2.2. Breve perspectiva histórica e as dimensões dos direitos fundamentais

Jorge Miranda (2000, p. 12-15) aponta para o fato de que existem quatro grandes diferenciações de alcance e sentido dos direitos das pessoas, que se formularam em momentos históricos sucessivos[13]. O primeiro deles seria o momento de distinção entre a forma de encarar a pessoa na Antigüidade e a partir do Cristianismo, caracterizando-se a liberdade no primeiro como participação na vida da Cidade e, no segundo, como realização da vida pessoal. O segundo diz respeito à tutela dos direitos no Estado medieval ou estamental e no Estado moderno ou constitucional. Enquanto no primeiro havia privilégios de grupos e

[13] Embora seja importante ressaltar que o processo histórico não é linear, motivo, inclusive, pelo qual se justifica que o estudo centre-se “nos principais momentos de consciencialização dos problemas dos direitos dos homens” (CANOTILHO, 1999, p. 356).

estamentos[14], no segundo houve a universalização dos direitos. O terceiro momento dá-se na passagem do Estado liberal para o Estado social com a contraposição entre direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais, determinada pelas clivagens políticas e ideológicas dos séc. XIX e XX. O quarto e último período seria o da transição para a proteção internacional dos direitos do homem, deslocando-se a esfera de asseguramento destes direitos do Estado-nação para instâncias internacionais ou supranacionais[15].

Verificando estes quatro grandes grupos de direitos das pessoas, compreende-se que os direitos fundamentais têm como condições de possibilidade o surgimento do pensamento jusnaturalista na Grécia clássica com a afirmação da existência de leis superiores ao poder estabelecido; o cristianismo, que por consagrar homens e mulheres à condição de criação à imagem e semelhança de Deus, outorga a todos uma liberdade que não pode ser submetida à sujeição política ou social[16] e, finalmente, a centralização do poder do Estado absolutista que, livrando-se da incerteza e subjetividade da concessão de privilégios estamentais, estabelece com objetividade condições jurídicas de igualdade. Dialeticamente, a partir da centralização do poder do Estado absolutista, dos "seus exageros e arbítrios, a insuficiência das garantias individuais e a negação de direitos políticos dos súbditos tornar-se-iam cada vez menos admissíveis no "século das luzes"" (MIRANDA, 2000, p. 15-19).

---

[14] Em outro lugar, analisou-se que "a intervenção principesca sobre a administração de justiça, entretanto, não se operou de forma homogênea. Weber distingue dois tipos ideais de administração principesco-patrimonial, a estamental e a patriarcal. Uma e outra determinam maneiras diferentes de influência sobre o direito comum. A administração principesco-patrimonial de tipo estamental tinha caráter estritamente formal e concedia privilégios, enquanto a administração patriarcal carecia de caráter formal e não concedia direitos a ninguém, formulando mandatos concretos para cada caso. Na administração patriarcal a probabilidade de obter uma decisão favorável não decorria de nenhum direito dos interessados, mas tinha o sentido de um desejo do filho atendido pelo pai, configurando um traslado das soluções intrafamiliares das contendas para a associação política. Diferentemente da administração principesca estamental, a patriarcal repudiava o direito probatório formal, em favor da livre investigação da verdade. Embora com características muito distintas, estas tardias criações jurídicas principescas tinham em comum o repúdio ao formalismo mágico, com o qual entravam em conflito, e ambas iniciaram a estruturação de um procedimento probatório relativamente racional e formaram uma unidade entre a administração principesca e a função judicial. A penetração de elementos formalistas racionais resultou, portanto, das próprias necessidades internas da administração principesca e patrimonial" (LINS, 2001, p. 18).

[15] A despeito de esta constatação ser inafastável, é importante salientar que o Estado-nação segue sendo a instância para a qual se encaminham as reivindicações de cunho social (FARIA, 1999, p. 25).

[16] Há que se entender que se trata aqui de liberdade interior e não de liberdade política, a qual não poderia ser difundida no contexto do surgimento do Cristianismo (MIRANDA, 2000, p. 18).

Logo, o reconhecimento dos direitos fundamentais teve fundamental influência das doutrinas jusnaturalistas, segundo as quais todos os homens são livres por natureza e titulares de direitos que lhes são inerentes, especialmente a partir do século XVI e, sobremodo, nos séculos XVII e XVIII, em que há a predominância das teorias contratualistas, paralelamente à laicização do direito natural que, com inspiração jusracionalista, atinge seu ápice no Iluminismo. A concepção contratualista de que a sociedade e o Estado devem ser organizados de acordo com a razão e a vontade dos homens lançou as bases do pensamento individualista e jusnaturalista iluminista do século XVIII que "desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal". Igualmente relevante é a tradição inglesa de limitação do poder, iniciada com a Magna Carta de 1215[17]. Aliás, antes mesmo das revoluções liberais, os diretos fundamentais já se esboçavam em inúmeras Cartas de Direitos, sobremodo na Inglaterra do século XVII, dentre as quais se destacam a *Petition of Rights* de 1628, a qual serviu de inspiração à clássica tríade vida, liberdade e propriedade, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689 (SARLET, 2001, p. 40 ss).

Entretanto, é o triunfo das revoluções liberais que determina o aparecimento das esferas de autonomia dos indivíduos frente ao Estado, caracterizadas como liberdades individuais (ANDRADE, 2004, p.49). Daí falar-se que o desenvolvimento da idéia de direitos fundamentais faz-se através de um corte histórico: anterior e posterior às Declarações dos Direitos do Estado da Virgínia de 1776 e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789 (CANOTILHO, 1999, p. 356). A partir delas reconheceram-se a supremacia normativa e, posteriormente, a garantia de sua justiciabilidade determinou

[17] Letícia Martel (2005, p. 3-4), em trabalho sobre o Devido Processo Legal Substancial, a respeito da Magna Carta selada em 1215 pelo Rei João Sem Terra afirma que "embora os barões que se revoltaram contra um rei tirano não estivessem imbuídos de ideais democráticos e universalizantes, fundados na noção de Direitos Fundamentais, mas calcados na intenção de resgatar suas parcelas de poder, riquezas e privilégios feudais, a magna Carta possui um significado para o mundo ocidental que extrapolou as intenções daqueles que compeliram o rei a aceitá-la e que desqualifica o título de um monumento egoísta de classe que alguns estudiosos lhe conferem. Ela incorporou a noção de que existem limites a ser impostos ao poder, e que esses limites podem ser traduzidos em forma legal, em uma lei que obriga a todos, inclusive ao rei".

que fossem os direitos do homem pela primeira vez acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais (SARLET, 2001, p. 46-47).

Uma observação a respeito da transição do jusnaturalismo iluminista para o positivismo faz-se necessária. A codificação dos direitos afirmados pelo jusnaturalismo moderno, pelas grandes declarações de direitos, acabou corroendo o próprio paradigma jusnatural, uma vez que constituiu uma ponte involuntária entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico (LAFER, 2003, p. 38-39). Assim, o surgimento dos direitos fundamentais é indissociável do Liberalismo, razão pela qual carregam duas características próprias da ordem liberal: “a postura individualista abstrata (...) e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão” (MIRANDA, 2000, p. 22).

Neste contexto histórico, os direitos fundamentais eram vistos sobretudo como liberdades que permitiam a expressão da vontade autônoma de seu titular ou como garantias de não intervenção dos poderes públicos e, portanto, como direitos de defesa dos indivíduos contra o Estado. Com as transformações sociais e econômicas acarretadas pelo processo de industrialização, “o poder político é reivindicado pelas classes não-proprietárias e o mundo burguês tem de pactuar com o ‘quarto poder’” (ANDRADE, 2004, p. 53;54), direcionando os direitos fundamentais à conformação da idéia democrática.

Assim, surgem novas figuras que aparecem como direitos de participação na vida política e que se distinguem dos direitos de defesa. Além disto, formulam-se, ao lado da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, uma dimensão objetiva que valorizaria o sistema de organização da vida política e de legitimação do poder.

Neste cenário, passa-se a solicitar do Estado uma cada vez maior intervenção na vida social e econômica, não apenas para minimizar os resultados da exploração social e da degradação a que o liberalismo econômico conduziu, mas inclusive para preservar a segurança burguesa. Daí os direitos fundamentais incorporarem uma nova faceta, a dos

direitos a prestação (*Leistungsrechte*) ou, quanto aos serviços públicos existentes, direitos à quota-parte (*Teilhaberechte*) (ANDRADE, 2004, p. 57 ss).

Finalmente, a passagem para o Estado Social de Direito reduz ou elimina o caráter classista que naquele cenário de surgimento dos direitos prestacionais predominava tanto nos direitos de liberdade como nos direitos sociais. Isto porque a efetivação dos direitos sociais veio a produzir um "efeito pacificador" nas sociedades ocidentais. Assim, "não só os direitos políticos são paulatinamente estendidos até se chegar ao sufrágio universal como os direitos económicos, sociais e culturais, ou a maior parte deles, vêm a interessar a generalidade das pessoas" (MIRANDA, 2000, p. 31).

Enfim, situando os direitos fundamentais na era da sociedade global e, sobretudo, da sociedade informacional, multicultural e consumista, novos direitos surgem. Não só os direitos à preservação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou os direitos do consumidor, mas igualmente direitos de informação, à identidade genética, à privacidade contra utilização e transmissão de dados pessoais, direito à autodeterminação informacional contra os abusos e intrusões da publicidade e da comunicação social. Assim, "a abstração e a universalidade dos direitos não se adapta aos novos padrões de desigualdades, que não são só estruturais e verticais, são também conjunturais e horizontais e existem dentro do mesmo grupo de potenciais beneficiários" (ANDRADE, 2004, p. 66 ss).

Por fim, a globalização desloca os problemas de direitos fundamentais para esferas internacionais ou supranacionais, confrontando universalismo e relativismo cultural. Desta breve análise histórica, é possível reconhecer que os quatro períodos a que acima se fez referência coincidem em boa parte com as quatro *dimensões* dos direitos fundamentais, também chamadas de *gerações* dos direitos fundamentais.

A expressão "gerações dos direitos fundamentais", sem dúvida, atende a esta perspectiva histórica a que se liga o desenvolvimento dos direitos fundamentais e, por esta

razão, não deixa de ter adequação. Entretanto, é preciso reconhecer que, embora cada uma das "gerações" de direitos fundamentais guarde relações com os respectivos períodos históricos de que se originaram, as mesmas não são estanques e separadas entre si. Tampouco se substituem ao longo do tempo. Ao contrário, elas se relacionam e se interpenetram, tornando-se crescentemente complexas.

Assim, parece mais apropriado falar em *dimensões* dos direitos fundamentais, que expressa melhor o "permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento" (SARLET, 2001, p. 49) que estes direitos vivenciaram (e vivenciam) ao longo da história.

1.2.3. Conceito e estrutura dos direitos fundamentais

1.2.3.1. Positivação, constitucionalização e fundamentalidade

A nota dos direitos fundamentais consiste em sua positivação, em sua constitucionalização e, naturalmente, em sua fundamentalidade, observando serem estes aspectos indissociáveis. A positivação faz referência à incorporação à ordem jurídica positiva dos direitos que eram antes tidos por naturais e imanentes ao homem. Acima, aliás, fez-se referência a que esta positivação consiste numa ponte involuntária entre o jusnaturalismo iluminista e o positivismo jurídico. Este momento de positivação foi fundamental a que os direitos do homem não fossem vistos tão-somente como aspirações, esperanças ou mesmo mera retórica política.

Somado a isto, a constitucionalização dos direitos fundamentais, além de determinar que sejam os mesmos "interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direitos", igualmente impõe uma limitação ao legislador ordinário que não pode dispor do reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais. Quanto à fundamentalidade, esta pode ser formal e material. Do ponto de vista formal, a fundamentalidade implica posicionar hierarquicamente as normas

fundamentais acima das demais, estabelecer limites à sua revisão e vincular imediatamente os poderes públicos a parâmetros materiais de escolha, ação e controle. Do ponto de vista material, a fundamentalidade dos direitos fundamentais implica que o conteúdo destes direitos seja constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade (CANOTILHO, 1999, p. 353 ss).

Sobretudo, num plano substancial, vincula-se à *salvaguarda da dignidade da pessoa*, fato que determina a universalidade que lhes é inerente (BONAVIDES, 2006, p. 562; ANDRADE, 2004, p. 141).

1.2.3.2. Conceitos formal, material e procedimental

É possível distinguir três conceitos de direitos fundamentais: formal, material e procedimental. O conceito formal, cuja principal vantagem é a de sua simples configuração, dá-se pela expressa inclusão no catálogo de direitos fundamentais de cada Constituição. Em contrapartida, sua desvantagem é a de que não abrange direitos que, com freqüência, são estabelecidos como fundamentais pela própria Constituição, mas que não se incluem no catálogo.

Daí decorre a necessidade de um conceito material de direitos fundamentais. Um conceito material de direitos fundamentais determina, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais são essencialmente direitos do indivíduo. Em segundo lugar, vincula os direitos fundamentais aos direitos humanos, o que tem a vantagem de que os direitos fundamentais possam abranger mais direitos do que os que se encontram no âmbito do direito positivo (BOROWSKI, 2003, p. 36).

Sua desvantagem consiste na indeterminação conceitual dos direitos humanos e, conseqüentemente, na impossibilidade de determinação do conceito de direitos fundamentais. Por isto, não se deve entender que os direitos fundamentais *são* direitos humanos

transformados em direito constitucional positivo, e sim que os direitos fundamentais *devem representar* direitos humanos transformados em direito constitucional positivo, mantendo-se desta forma a dimensão ideal e crítica da interpretação dos direitos fundamentais (ALEXY, 2003, p. 28 ss).

A índole procedimental desta conceituação decorre de ela debruçar-se sobre *quem* tem competência para decidir sobre os direitos fundamentais *e como*. Pelo fato de que esta interpretação acerca do quem e do como deva pertencer a quem esteja alheio à maioria parlamentar de cada momento histórico e de suas respectivas preferências políticas, *no conceito procedimental de direito fundamental está implícita a idéia de uma jurisdição constitucional* (ALEXY, 2003, p. 30).

Finalmente, deve-se dizer que hoje, em razão da consagração dos direitos sociais e da ordem econômica em nível constitucional, a ampliação do discurso constitucional daí decorrente permite falar em uma Constituição Econômica que, em não sendo ilha normativa apartada do texto constitucional, e a despeito da imprecisão terminológica que paira ainda sobre o tema, pode ser também conceituada em seus aspectos material e formal. Assim, o conceito material de Constituição Econômica determina a extensão das matérias econômicas a ela incorporadas, ao passo que o conceito formal determina o tipo e a natureza das normas consagradas (DANTAS, 1999, p. 48 ss; 55).

1.2.3.3. Os direitos fundamentais como direitos subjetivos ou como normas objetivas[18]

À questão da dupla dimensão dos direitos fundamentais – subjetiva e objetiva – liga-se a discussão acerca da *vinculação* dos direitos fundamentais[19]. Isto porque a dupla dimensão

[18] Este tema será objeto de análise adiante, quando se vai discutir a adequação da categoria de direito subjetivo para compreensão dos direitos fundamentais sociais, vez que os mesmos não podem ser enquadrados na mesma concepção de sujeito de direito, calcada na matriz liberal-individualista, que os direitos de liberdade da primeira dimensão. Da mesma forma, a concepção acerca da dimensão objetiva como *mera enunciação programática* será também enfrentada. Tais enfrentamentos integram a discussão acerca da titularidade dos direitos sociais, com conseqüente tradução para os contornos da legitimidade processual.

dos direitos fundamentais radica no fato de que alguns preceitos jusfundamentais não conferem posições jurídicas subjetivas (ANDRADE, 2004, p. 113).

Resta saber em que casos os direitos fundamentais conferem tais posições. Daí referir-se a direito subjetivo – caso em que se reconhece uma posição jurídica subjetiva – e a normas objetivas – caso em que não se a reconhece.

Fala-se comumente em direito subjetivo quando "o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o direito a um determinado "acto", e este último tem o dever de perante o primeiro, praticar este acto", o que, portanto, constituiria uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito (CANOTILHO, 1999, p. 1176).

São os direitos subjetivos, diz Vieira de Andrade, posições jurídicas universais e permanentes (ANDRADE, 2004, p. 134). A principal característica dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, portanto, é a de que *seu titular possa torná-los efetivos judicialmente* (BOROWSKI, 2003, p. 42). Daí conferir-lhe comumente o status de dimensão principal, suplementada e complementada pela dimensão objetiva (ANDRADE, 2004, p. 117).

Outra observação que merece ser tomada em conta – e que se reproduz quando do estudo das posições jurídicas – é a de que um *direito subjetivo fundamental* não pode ser considerado como uma pretensão unidimensional ou unidirecional. Antes seria o caso de "feixe de faculdades ou poderes de tipo diferente e diverso alcance, apontados em direcções distintas" (ANDRADE, 2004, p. 173).

Como normas objetivas, os direitos fundamentais seriam antes *deveres sem direitos* (ANDRADE, 2004, p. 143). Assim, uma norma objetiva de direito fundamental vincularia um

---

[19] Em verdade, acabam-se tomando as categorias de *direito subjetivo* e de *vinculação* como sinônimas, daí decorrendo o problema de que o direito subjetivo deixa de ser considerado como *categoria instrumental* à vinculação e se transforma no próprio *fim*, ou seja, na própria vinculação.

sujeito a um dever ao qual não corresponde nenhum titular concreto[20] (CANOTILHO, 1999, p. 1176). Com esta noção de direito fundamental objetivo *não se concorda*, pois está a mesma assentada numa perspectiva subjetivista antitética à lógica inerente a esta dimensão, desprezando suas características normativas vinculantes. Dada a complexidade do assunto, as razões desta discordância serão enfrentadas em tópico específico, adiante.

Embora se afirme que se incorreria em pura tautologia a constatação de que as posições jurídicas subjetivas implicam um preceito de direito objetivo que as contenha (ANDRADE, 2004, p. 114-115), é muito importante perceber que a discussão acerca da dupla dimensão dos direitos fundamentais implica, sim, uma questão de *perspectiva* da relação jusfundamental: *direito ou dever* (BOROWSKI, 2003, p. 41). Aliás, um dos maiores problemas da dupla dimensão dos direitos fundamentais é o de elevar os direitos subjetivos à *única* categoria que pode imprimir eficácia aos direitos fundamentais, destacando-se, portanto, quão importante é a análise da *perspectiva* da relação jusfundamental e como a sua variação implica diferenças conceituais e práticas significativas.

1.2.3.4. Direitos fundamentais como posições jurídicas e direitos sociais

Neste tópico, analisa-se a tese dos direitos fundamentais subjetivos como posições e relações, verificando as conseqüências para a interpretação dos direitos sociais. Esta tese pressupõe que a base da teoria analítica dos direitos seja uma tríplice divisão das posições designadas como direitos a algo, direitos a liberdades e competências (ALEXY, 1997, p. 186).

Tratando os direitos fundamentais como sistema de posições, mesmo quando não se está frente a um "direito a algo", mas frente a disposições singulares de direito fundamental (tais como "todos têm direito à vida"), esta relação inicialmente simples e funcional caracterizada por uma relação diádica entre sujeito e objeto, irá se desmembrar em inúmeras

[20] Também importante é considerar a inexistência de paralelismo entre regras e dimensão subjetiva e princípios e dimensão objetiva (CANOTILHO, 1999, p. 1177).

outras posições que podem ser enunciadas por uma relação triádica (assim, "todos têm direito à vida" desmembrar-se-ia em "*a* tem frente ao Estado o direito de que este não o mate" ou "*a* tem frente ao Estado o direito a ser protegido contra intervenções arbitrárias de terceiros") (ALEXY, 1997, p. 187-188). Logo, mesmo as liberdades e competências reconduzem-se a direitos a algo, que surgem quase sempre como pano de fundo dos direitos fundamentais (BOROWSKI, 2003, p. 25-26).

Além disto, os direitos a ações positivas podem ser divididos em dois grupos: direitos a ação positiva *fática* e direito a ação positiva *normativa*. O critério de delimitação de ambos reside na *relevância da forma jurídica* com que se realiza a ação que satisfaz um direito a ação positiva. Em sendo normativa a prestação devida, a forma é relevante para a consideração do adimplemento; em sendo *fática*, ela é *irrelevante*. Isto significa ser indiferente a forma como se leva a cabo a realização do direito, desde que com ela seja *satisfeito o interesse* protegido (por exemplo, ao necessitado sejam dadas condições mínimas de existência, etc.) Delimitadas as duas esferas, chama-se o direito a ação positiva fática de *direito a prestação em sentido estrito* e o direito a ação positiva normativa de *direito a prestação em sentido amplo* (ALEXY, 1997, p. 194 ss).

A tese de Alexy tem, ao menos, duas contribuições relevantes para compreensão dos direitos sociais: ela permite entrever que a distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais é mais *sutil* do que se supõe, vez que ambos reconduzem-se a direitos "a algo" e trazem em seu bojo uma prestação do Estado, mesmo quando aparentemente se esteja na seara dos direitos de defesa, supostamente marcados pela "não intervenção" estatal. Nesta linha somam-se as contribuições de Holmes e Sustein (2000, p. 37), para os quais a dicotomia entre direitos negativos e positivos é fútil, destituída de critérios classificatórios e de sentido[21]. Esta perspectiva dos direitos fundamentais explicita e desmascara a *arbitrariedade* do fato de que

[21] Embora reconheçam os autores que classificações simplistas tenham alguma utilidade e que a simplicidade desta dicotomia seja justamente o ponto de atração ("the lure of dichotomy") que a mesma exerce sobre a doutrina e as práticas judiciais (HOLMES; SUSTEIN, 2000, p.39).

direitos de liberdade e direitos sociais recebam tratamento tão diverso quanto à sua eficácia; situação, aliás, de que tem a doutrina crescentemente tomado consciência, como se verá ao tratar dos custos dos direitos sociais.

De outro lado, ela explica a natureza do *adimplemento* das prestações fáticas, consignando a necessária reserva de *discricionariedade* na seara do cumprimento das normas de direito social, ao desprezar a forma jurídica e eleger o resultado como critério de verificação do adimplemento.

1.2.4. Direitos fundamentais, princípios e ponderação

A distinção entre regras e princípios não apenas constitui o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, mas, também, o ponto de partida para se compreender as possibilidades e os limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais (ALEXY, 1997, p. 81-82).

Luis Prieto Sanchís (1998, p. 38) afirma que ao passo que o Estado anteriormente assegurava sua unidade política graças à força social da burguesia, à qual servia, no Estado constitucional, a homogeneidade e a coerência repousam na conciliação de valores contrapostos, que refletem uma sociedade pluralista na qual valores contraditórios encontram igual guarida na Constituição. É em razão desta coexistência de valores contraditórios que se tem de falar em dimensão de peso e em ponderação.

A distinção entre regras e princípios é fundamental para compreensão de fenômenos que não são passíveis de serem abarcados pelas regras e que, entretanto, determinam inúmeras situações relevantes para o Direito: o sistema de regras, quando não complementado por um sistema de princípios, obriga a ignorar papéis importantes desempenhados pelo Direito (DWORKIN, 2002, p. 36).

Por princípio, entende-se um padrão que deve ser observado por "uma exigência de justiça ou eqüidade ou alguma outra dimensão da moralidade"[22]. Princípios jurídicos e regras jurídicas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do "tudo-ou-nada", dados os fatos que estipulam; a regra ou é válida, e neste caso aplica-se à decisão, ou não é válida, e neste caso não se aplica. Por outro lado, o princípio seria uma razão que *inclina numa ou noutra direção*, embora de forma não conclusiva, e que possui a *dimensão do peso ou importância* (DWORKIN, 2002, p. 36 ss; 42; 57).

Quando se trata de princípios a ponderação impõe-se, portanto. Isto porque o intercruzamento de princípios – comum especialmente na seara constitucional – determina que o intérprete deva levar em conta a força relativa de cada um dos princípios em jogo. Assim, a dimensão do peso é constitutiva mesmo do próprio *conceito* de um princípio. Naturalmente, a idéia de uma mensuração exata do peso ou da força de cada princípio deve ser desde logo afastada, sendo esta seara, pois, freqüentemente objeto de controvérsias (SANCHÍS, 2003, p. 182; DWORKIN, 2002, p. 42-43).

Significativo nesta contraposição entre regra e princípio é afastar desde logo a distinção entre *norma* e *princípio*, pois tanto as regras como os princípios são normas jurídicas. Ambos podem formular-se com referência a expressões deônticas básicas: a permissão e a proibição (ALEXY, 1997, p. 83). Reconhece-se, assim, a normatividade tanto das regras quanto dos princípios. Porém, o ponto crucial para a distinção entre as mesmas é que os princípios são *mandados de otimização*. Daí, aliás, falar-se que os princípios contêm um dever *prima facie* e as regras, um dever definitivo (BOROWSKI, 2003, p. 48).

[22] O Autor distingue ainda entre princípios e políticas, embora a expressão "princípios", utilizada genericamente, possa representar tanto uns quanto outras. As "políticas" diferenciar-se-iam dos princípios por estabelecerem um padrão objetivo a ser alcançado, que pode ser uma melhoria econômica, política ou social da comunidade (DWORKIN, 2002, p. 36).

Assim, ao passo que as regras implicam uma dimensão de *tudo ou nada*, à diferença, os princípios implicam *gradação* e, mesmo, uma *consecução processual*. Logo, os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das condições jurídicas e reais existentes (ALEXY, 1997, p. 86). A forma de aplicação dos princípios é, portanto, a ponderação; a das regras, a subsunção. Os conflitos entre princípios resolvem-se pela dimensão do peso; entre as regras, pela dimensão da validez (BOROWSKI, 2003, p. 49).

Por esta razão é que se afirma que a aplicação da Constituição por parte dos juízes implica um modo de julgar diferente do tradicional e que conduz, inclusive, a um aumento da sua margem de discricionariedade. Diante disto, o julgamento fundado em princípios exigirá sempre justificação racional da ponderação, sendo esta aceitável *somente para o caso concreto*. Daí dizer-se que o triunfo da ponderação sobre a subsunção conduz à preeminência do juiz (SANCHÍS, 1998, p. 40 ss). Parece oportuno observar que com isto não se quer significar que a ponderação conduza a um casuísmo, e sim que há uma saudável valorização dos condicionantes estabelecidos pelo caso concreto, muitas vezes prejudicados pela lógica formal e abstrata preponderante nas tradições jurídicas, marcadas não raro pela incapacidade de aproximação da realidade social na qual se aplica.

Ainda, se entre os princípios pode dar-se uma convivência conflitual, entre as regras dá-se antinomia. Os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Indica-se, assim, a *textura aberta* das normas constitucionais, que exige do intérprete do texto constitucional uma *mediação-atribuição* de sentido (CANOTILHO, 1999, p. 1087; 1044-1045). Müller (2000, p. 67), por sua vez, equipara as normas constitucionais a “rendas, malhas com pontos largos, fundamentais, ‘políticos’, expostos em grau mais elevado à transformação histórica”.

Finalmente, ao diferenciarem-se direitos sociais dos direitos de liberdade, é preciso saber que “os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias não recorrem menos que

os outros a conceitos indeterminados, cláusulas gerais ou expressões de carácter abstracto", razão pela qual a constituição é "*interpretada* nas 'penumbras'" (ANDRADE, 2004, p. 187).

De tudo isto, é possível desde logo perceber que a complexidade inerente aos direitos sociais afasta desde logo a hipótese de que sejam os mesmos julgados com base na esfera do tudo ou nada. Os direitos sociais implicam dimensão principiológica e ponderação de valores, portanto. E, além disto, a idéia de consecução gradual aqui se evidencia. Com isto, pode-se dizer que estes direitos vão-se cumprindo, numa processualidade que não se identifica nem com a inércia e nem com o imediatismo.

1.3. Exigibilidade dos direitos fundamentais sociais: compreender sua estrutura e "despir-lhes dos andrajos"

Uma das maiores dificuldades relativas à compreensão e concretização dos direitos sociais deve-se ao fato de sua recepção em sede da doutrina, sobretudo da doutrina positivista, dar-se de forma *ideologizada* (BARROSO, 2001, p. 106-108). Mais do que isto, ela dá-se de acordo, ainda, com o que Canotilho chamou de "epigonismo positivista", que significa uma postura relapsa dos operadores jurídicos em aplicarem as regras da hermenêutica constitucional pós-positivista.

Por estas razões, os direitos sociais enfrentam grandes dificuldades quanto ao reconhecimento de sua juridicidade. Sua desvinculação do pilar tradicional do direito, o indivíduo, torna-o "platônico" para a maior parte dos juristas (CANOTILHO, 1999, p. 1045).

Nota-se que sua classificação é determinada por elementos ideológicos, que geralmente fazem reconduzir o tema à esfera (exclusiva) do político, *deslocando-o de seu lugar constitucional.* Esta ideologização consiste principalmente na incapacidade de verificar com objetividade as similitudes e as dessemelhanças estruturais entre os direitos de liberdade e os direitos sociais e a nota de fundamentalidade dos últimos.

A fim de proceder a esta análise comparativa objetiva, se aceita desde logo que os direitos de liberdade próprios da primeira dimensão dos direitos fundamentais sejam tomados como paradigmáticos da própria concepção de direito fundamental. Esta aceitação é necessária porque ela é *pressuposta* pela doutrina, como um todo. O rompimento com este consenso tácito acerca da prioridade dos direitos de liberdade dentro da estrutura dos direitos fundamentais implicaria um "ônus da prova" demasiado pesado e desnecessário. Mesmo porque pelo fato de terem os direitos fundamentais se baseado na idéia de um sujeito histórico capaz de realizar os ideais liberais, os direitos fundamentais vincularam-se de forma quase indissociável aos conceitos jurídicos de tradição liberal e positivista (SARLET, 2001, p. 38-47).

Basta, para demonstrar a ideologização com que o tema dos direitos sociais é tratado, aceitando-se os direitos de liberdade como paradigma, comparar-lhes a estrutura. Embora a doutrina acerca do tema divida-se entre autores que reconhecem aos direitos sociais maior ou menor caráter impositivo e vinculante e, sobremodo, maior ou menor eficácia, o que se pretende pôr em destaque é a ideologização do tema pelos autores que têm mais ressalvas quanto ao reconhecimento da sua vinculatividade e justiciabilidade.

Assim, neste capítulo proceder-se-á ao estudo da *estrutura* dos direitos sociais, comparando-lhe com a dos direitos de defesa sempre que necessário e buscando, tanto quanto possível, desideologizar seu conteúdo, a fim de analisar o grau de vinculação que os mesmos conferem. Tal como Ulisses teve de livrar-se dos trajes sujos e torpes para que Penélope lhe reconhecesse, também os direitos sociais devem ser despidos de seus andrajos.

1.3.1. Conceituando os direitos fundamentais sociais

Os direitos fundamentais sociais – que em certas ordens constitucionais intitulam-se direitos sociais, econômicos e culturais[23] – compreendem uma dimensão negativo-defensiva, como a liberdade de sindicalização e de greve. Porém, *caracterizam-se prioritariamente por sua dimensão positiva*, consistente em prestações (normativas e em especial fáticas) ou atividades devidas principalmente (mas não exclusivamente) pelo Estado (CANOTILHO, 1999, p. 378-379; SARLET, 2001, p. 51-52). Usualmente, entende-se que o direito a prestações é o que determina o Estado Social, uma vez que seriam inefetivos os direitos fundamentais se destituídos da dimensão social que assegura seu real desfrute (HÄBERLE, 2002a, p. 165).

Deve-se consignar, ainda, que tais prestações são destinadas a possibilitar melhores condições de vida aos mais fracos e que tendem à igualização das condições sociais desiguais (SILVA, 2006, p. 286). Assim, diz-se que os direitos sociais "nasceram abraçados ao princípio da igualdade", que é sua razão de ser, amparo e estímulo (BONAVIDES, 2006, p. 564). Ao mesmo tempo, afirma-se também que são direitos de preferências e desigualdades, com propósitos compensatórios (FARIA, 2002, p. 105). Evidentemente, não se pode ver aqui nenhuma contradição, vez que há clara referência ao princípio da igualdade na acepção substancial.

Previstos no art. 6º da Constituição brasileira, são considerados direitos sociais a saúde, a educação, o trabalho, a moradia[24], o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. É importante que tenha o constituinte pátrio – a despeito das críticas metodológicas que se possam impor – inserido o conteúdo dos direitos sociais no título concernente aos Direitos e Garantias Fundamentais

[23] Como nos casos das ordens constitucionais espanhola e portuguesa.
[24] A moradia passou a integrar o rol dos direitos sociais constitucionalmente previstos a partir da Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000.

(título II), reservando um título apartado (título VIII) para delimitação de seus mecanismos e aspectos organizacionais (SILVA, 2006, p. 285).

Estruturalmente, os direitos sociais, tal como os direitos de liberdade, vão-se dirigir ao Estado[25]. Estes, porém, solicitam, em regra, uma não intervenção e aqueles, uma intervenção e a realização de uma pretensão. A esta diferença corresponderia uma outra, maior. Numa perspectiva liberal, entende-se que a liberdade é preexistente ao poder estatal, é-lhe antecedente. O mesmo não ocorre com os direitos sociais, que não são antecedentes à atuação estatal, se não dela dependentes (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 75-76).

De fato, os direitos sociais caracterizam-se por prestações que implicam uma atuação positiva do Estado, não apenas como uma atuação legislativa, mas especialmente como *atuação fática positiva*. Ocorre, porém, que quase todos os direitos fundamentais, inclusive de liberdade, desdobram-se em "direitos a algo" e não são outra coisa que uma designação abreviada de um conjunto de direitos a algo, liberdades e competências (ALEXY, 199 7, p. 188).

Em tempos recentes, a doutrina vem questionando a validade da classificação dos direitos fundamentais em negativos e positivos: *todos os direitos são positivos*, dizem Cass Sustein e Stephen Holmes (2000, p. 42 ss). E isto porque, no mínimo, a proteção de quaisquer direitos é necessariamente custosa. Além disto, um Estado guardião da ordem pública, por meio da proteção das liberdades ou por meio da promoção de igualdades, vai sempre implicar custos de manutenção da máquina pública. Exemplificativamente, o direito ao sufrágio universal implica não apenas uma prestação positiva normativa a fim de regular o sistema

[25] Embora se dirijam também a soerguer barreiras de proteção do indivíduo contra a dominação econômica de outros indivíduos: "Enquanto os direitos individuais interditam ao Estado o amesquinhamento dos indivíduos, os direitos sociais interditam aos próprios membros do corpo social que deprimam economicamente ou que releguem ao abandono outros indivíduos menos favorecidos pela fortuna" (BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 235). Hoje, porém, talvez seja mais apropriado falar em dominação econômica das *corporações* do que de outros indivíduos.

eleitoral, mas sobretudo uma *atuação estatal positiva e fática*, com altos custos repassados aos contribuintes, para implementação deste mesmo sistema.

Por esta razão, afirma-se que o objeto da legislação em matéria de prestações estatais é com freqüência o mesmo de outras normatizações que regulam a vida pública (HÄBERLE, 2002 a, p. 165). Da mesma forma, tanto o desfrute dos direitos de liberdade como os sociais requerem política social e medidas econômicas por parte do Estado (PEREZ LUÑO, 2005, p. 212 ss).

Feitas estas ressalvas de que mesmo os direitos de liberdade reconduzem-se a "direitos a algo" e impliquem também o cumprimento de prestações por parte do Estado, vai-se delimitar a dimensão *prestacional* dos direitos sociais como seu *proprium*, uma vez que a prestação deles decorrente é exatamente o seu *fim*, e não o seu meio, como no caso dos direitos de liberdade.

Quanto à antecedência do direito de liberdade à atuação estatal em contraposição ao fato de que os direitos sociais dependem da atuação estatal: Ora, afastando-se da perspectiva liberal, pode-se concluir que esta diferença inexiste, pois "o liberalismo *é uma 'regulamentação' de caráter estatal, introduzida e mantida por caminhos legislativos e coercitivos* (...) um programa político destinado a modificar a distribuição de renda nacional" (GRAMSCI, 1989, p. 32 – grifou-se).

Como afirma Böckenförde (1993, p. 74), *a propriedade e o trabalho são pressupostos tácitos da organização jurídica liberal-burguesa*. A oportunidade de acesso igual a este bens, necessários ao desfrute da liberdade, pressupõem um estado das coisas anterior (*antecedente*) à estrutura iníqua dada[26].

[26] Mas, como bem questiona José Luiz Fiori, se os cavalos já estão correndo, como fazê-los reiniciar do ponto de partida para que todos tenham chances iguais? Diz ele: "Não é possível discutir, cientificamente, o conceito de justiça social, não existe esse conceito para os liberais, para os neoliberais. Não há como determiná-lo, para usar outras palavras. Então, o que você pode é criar condições iguais, na largada, daí para frente, cada cavalo por si. O problema que eles nunca enfrentaram é: dado que os cavalos já estão todos aí, como é que a gente consegue

Assim, fugindo-se de uma perspectiva liberal, talvez se possa concluir que os direitos sociais compreendem também uma *dimensão preexistente e antecedente* ao poder estatal, na mesma medida em que a ordem jurídica do liberalismo – de que os direitos de liberdade são a melhor expressão – pressupõem uma *intervenção estatal a posteriori*. Com este argumento não se pretende defender a fundamentalidade dos direitos sociais num plano jusnaturalista[27]. Ele se justifica apenas na medida em que a crítica sobre a preexistência dos direitos de liberdade assenta não só numa visão liberal do Estado, mas também numa visão jusnatural do Direito. Ao posicionarem-se os direitos de liberdade como direitos preexistentes ao poder estatal, para além de omitirem-se os condicionamentos políticos, econômicos e culturais liberais inerentes à sua suposta antecedência, findam-se posicionando os direitos sociais num plano de secundariedade face àqueles, como se somente os últimos correspondessem a uma construção artificial da humanidade e apenas os primeiros constituíssem-se legítimos direitos imanentes às pessoas.

Ora, os direitos fundamentais sociais surgem da transformação do modelo de Estado de prevalência liberal para o de prevalência social. Esta alteração dá-se, em parte, pelo reconhecimento da falência da consagração da liberdade e da igualdade[28] no plano meramente formal, uma vez que as garantias jurídicas da liberdade converteram-se, sobretudo para a classe operária, em fórmulas vazias. Na ausência dos pressupostos materiais para realização da liberdade, a acumulação de posses converteu-se na nova estrutura de poder da sociedade (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 74).

---

botar eles na largada de novo?" (FIORI, palestra proferida no Centro Cultural Banco do Brasil, Rio de Janeiro, em 04 de setembro de 1996).

[27] Na análise de Weber (1996, p. 639-648), o jusnaturalismo converteu a 'Racionalidade' em razoabilidade, com base em critérios meramente utilitários.

[28] Muito interessante é abordagem da exclusão da participação da mulher na política da França, após a revolução francesa, que explica com generosidade a referida falência. Tendo adquirido papel importante no período revolucionário, as mulheres foram violentamente impelidas a voltarem aos lares na época da 'Constituição revolucionária'. A feminista Olympe de Gouges é o símbolo da luta nada pacífica que se travou naquele período pela igual participação das mulheres na vida política. Autora da Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, foi condenada à guilhotina por não se ter limitado às "*obrigações próprias ao seu sexo*". Esta passagem é rica simbolicamente para demonstrar quão desiguais eram os critérios de igualdade e liberdade do liberalismo (BONACCHI; GROPPI, 1995).

A insatisfação da sociedade civil, e em especial da classe trabalhadora cada vez mais organizada em movimentos grevistas, diante da iniqüidade do liberalismo econômico, político e jurídico, bem como a ameaça socialista[29], determinou mudanças na estrutura sustentatória do marco capitalista, culminando também com a mudança de perfil dos então chamados direitos humanos:

> À medida que as sociedades do laissez-faire cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas "declarações de direitos", típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. (CAPPELLETTI, 1988, p. 10-11).

A igualdade proveniente da segunda dimensão dos direitos fundamentais, portanto, não é uma igualdade formal, mas uma igualdade material que implica, inclusive, um direito de preferências e desigualdades (FARIA, 2002, p. 105), seguindo, assim, a máxima de todos conhecida e entre nós popularizada por Rui Barbosa em sua Oração aos Moços[30], segundo a qual igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais a fim de igualá-los materialmente.

Finalmente, importa dizer que "o cunho classista que, por razões diferentes, ostentavam antes os direitos de liberdade e os direitos sociais" é atenuado ou mesmo eliminado com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito. E isto porque tanto os direitos políticos como os direitos sociais são estendidos até um ponto que vem a interessar a generalidade das pessoas. Da mesma forma, a efetivação dos direitos sociais

---

[29] Perez Luño (2005, p. 38) chega a dizer que o Manifesto Comunista de Marx e Engels, de 1848, pode ser considerado como a carta destes novos direitos.

[30] "A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade" (BARBOSA, s/d, p. 418).

concomitante à manutenção das liberdades produz um efeito pacificador e integrador das sociedades ocidentais (MIRANDA, 2000, p. 31).

1.3.2. Os direitos sociais e sua fundamentalidade

A nota dos direitos fundamentais consiste em sua constitucionalização e, naturalmente, em sua fundamentalidade, observando serem estes dois aspectos indissociáveis[31]. A fundamentalidade pode ser formal e material. Do ponto de vista formal, ela implica posicionar hierarquicamente as normas fundamentais acima das demais, estabelecer limites à sua revisão e vincular imediatamente os poderes públicos a parâmetros materiais de escolha, ação e controle. Do ponto de vista material, implica que o conteúdo destes direitos seja constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade (CANOTILHO, 1999, p. 355).

Embora se diga que os direitos sociais são efetivamente direitos fundamentais, uma vez que "constam do texto constitucional e o legislador constituinte os incorporou ao Título I sobre direitos e garantias fundamentais" (BONAVIDES, 2004 b, p. 68), a discussão acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, no Brasil, por certos momentos, foi prejudicada pela comparação equivocada dos sistemas constitucionais brasileiro e alemão, que redundaria na recusa da qualificação dos direitos sociais como fundamentais, uma vez que a Alemanha havia renunciado a esta fórmula.

Denunciando as falácias que se tem cometido em nome de um suposto direito constitucional comparado entre Brasil e Alemanha, Andreas Krell demonstrou não terem sido os direitos sociais incorporados como um ordenamento sistemático pela Lei Fundamental alemã (1949) devido às experiências negativas com a Constituição de Weimar (1919), o que

[31] Como se sabe, a própria transição da categoria "direito humano" para "direito fundamental" foi historicamente determinada pela progressiva positivação constitucional destes direitos, sem o que são considerados como esperança ou mesmo como mera retórica política, embora afirme-se que esta positivação não tenha suprimido ou dissolvido as "raízes fundamentantes" dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 1999, p. 353-354).

contribuiu para a radicalização da política e a tomada do poder pelos nazistas em 1933. A não inclusão não representa a recusa do ideário dos direitos sociais, já que estes são considerados "uma norma fim do Estado (*Staatszielbestimmung*) que fixa, de maneira obrigatória, as tarefas e a direção da atuação estatal presente e futura" (KRELL, 2002, p. 45; 48).

Em sentido semelhante, Böckenförde afirma que a Lei Fundamental alemã, mesmo sendo concebida na teoria liberal dos direitos fundamentais, solucionou o problema quanto aos direitos sociais através da fixação do Estado Social como um princípio constitucional vinculante e coordenado com o Estado de Direito (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 70). Assim, o fato de o legislador alemão ter renunciado a uma formulação de normas que conferissem direitos subjetivos a prestação é apenas um dos lados do problema, pois, de outro, encontram-se na Lei Fundamental uma série de pontos de apoio formulados objetivamente para uma interpretação que contemple direitos a prestação (ALEXY, 1997, p. 421).

Ora, se na Alemanha, onde os direitos sociais não foram explicitados, o dever de realização do Estado social permite conferir a existência de um "derecho social fundamental tácito" (ALEXY, 1997, p. 423), mormente no Brasil, onde "segundo todas as regras de interpretação, esses direitos sociais (...) são também fundamentais, com todas as conseqüências dessa natureza" (KRELL, 2002, p. 49).

Assim, tendo em vista os contornos normativos da Constituição brasileira, a controvérsia acerca da fundamentalidade dos direitos sociais não assume entre nós maior relevância, uma vez que o constituinte os consagrou como fundamentais, reconhecendo-lhes eficácia vinculante em relação ao Poder Público (MENDES, 1999a, p. 46).

1.3.3. Vinculação dos direitos sociais: formalmente reconhecida e materialmente negada

Mencionou-se acima que os direitos sociais são direitos fundamentais, "com todas as conseqüências dessa natureza" (KRELL, 2002, p. 49). Importa agora compreender quais são estas conseqüências, pois somente pode ser considerada norma de direito fundamental a posição que estiver protegida por uma norma vinculante, (BOROWSKI, 2003, p. 148). Assim, uma norma só pode ser chamada de vinculante quando for possível que a *sua lesão seja conhecida pelos tribunais* (ALEXY, 1997, p. 484; 500).

Surge, portanto, a questão da vinculatividade dos direitos fundamentais, em sua dimensão social. Para tanto, é preciso compreender o significado da chamada "programaticidade" das normas de direito social, uma vez que não raro as duas categorias são apresentadas pela doutrina como antípodas e excludentes entre si. É certo que a qualificação das normas sociais como programáticas correspondeu à recepção doutrinária e jurisprudencial duvidosa quanto à sua eficácia, espelhando o ciclo de baixa normatividade que lhe foi consignada (BONAVIDES, 2006, p. 564).

Dizer que os direitos sociais apóiam-se na programaticidade constitucional significa dizer que eles vinculam o legislador infraconstitucional ao futuro e estabelecem uma dimensão visível de um projeto de justo comum e de direção justa (CANOTILHO, 2001, p. 21-22)[32].

[32] Através de uma estratégia hermenêutica astuta, alguns intérpretes apressaram-se em atestar o óbito da Constituição dirigente quando da publicação de *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (CANOTILHO, 1999). Embora ao leitor atento esta conclusão seja totalmente desautorizada, remete-se também à leitura do elucidativo *Canotilho e a Constituição Dirigente*, colóquio entre o Professor de Coimbra e destacados juristas pátrios, organizado pelo Prof. Jacinto Coutinho (COUTINHO, 2003), para que se possa entender em que contexto [global] a Constituição dirigente "morreu" e em que contexto ela ainda dirige (por fugir ao objeto deste tópico, resumidamente dir-se-á que as revisões elaboradas por Canotilho dizem respeito, em especial, à complexidade da integração das nações, sobremodo da União Européia - na qual se inclui Portugal, com todos os benefícios concernentes (da União Européia, para os europeus) – e ao contexto da "dirigência" política e jurídica supra-nacional, no qual a Constituição de um Estado-nação não pode mais, evidentemente, dirigir de forma isolada). Aliás, por ocasião da publicação de Brancosos e Interconstitucionalidade (que traz entre seus textos o entre nós já conhecido Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo) (CANOTILHO, 2006), retoma-se a tese de que Canotilho matou suas idéias. Parece haver entre nós um certo fetiche em querer que este autor rejeite as próprias teses, mas como disse Canotilho, "estes ideais não se enjeitam, porque os filhos não se abandonam" (CANOTILHO in COUTINHO, 2003, p. 43).

A fim de compreender a vinculatividade, a aplicabilidade e a programaticidade dos direitos fundamentais sociais, portanto, vai-se valer novamente da distinção entre regras e princípios, antes delineada. Dentro de uma tipologia de regras e princípios, interessarão os princípios constitucionais impositivos e as regras jurídico-materiais, nas suas feições "regras determinadoras de fins e tarefas do Estado" e "regras constitucionais impositivas" para, a partir daí, significar as normas constitucionais programáticas[33].

Os *princípios constitucionais impositivos* são aqueles que compreendem todos os princípios que impõem a realização de fins e tarefas aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador. Eles traçam as linhas diretivas da atividade política e legislativa, sendo chamados também, por isto, de "normas programáticas". As *regras determinadoras de fins e tarefas do Estado* associam-se aos princípios constitucionais impositivos e englobam os preceitos constitucionais que fixam, abstrata e globalmente, os fins e as tarefas prioritárias do Estado, relacionando-se, em alguns casos, com os direitos sociais. As *regras constitucionais impositivas* relacionam-se tanto com os princípios constitucionais impositivos como com as regras definidoras de fins e tarefas. Elas impõem um dever concreto e permanente, materialmente determinado, que, em caso de inadimplemento, origina uma omissão inconstitucional (CANOTILHO, 1999, p. 1092 ss).

A distinção que se pode traçar entre estas categorias dá-se em relação ao seu grau de densidade normativa, apresentado em ordem crescente. Embora estas normas sejam de densidade diversa, em comum é possível afirmar que "valem como lei", pois o "direito constitucional é direito positivo" e porque a Constituição utiliza termos e meios do direito para instrumentalizar o governo, garantir direitos fundamentais e individualizar fins e tarefas (CANOTILHO, 1999, p. 1101 ss).

---

[33] Para tanto, utiliza-se propositadamente a tipologia elaborada por Canotilho em *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, a fim de se comprovar o que foi dito na nota anterior: que este livro não representou a recusa das teses pelo autor antes elaboradas, tal como no Brasil se convencionou concluir.

Por esta razão, pode-se dizer que seu valor jurídico de modo algum é menor que o do *ius cogens* vigente (HÄBERLE, 2002a, p. 165). Mormente quando lhes é reconhecida aplicabilidade imediata, fortalecendo a tendência de que os direitos sociais tornem-se tão exeqüíveis quanto os de liberdade (BONAVIDES, 2006, p. 565). E assim deve ser porque a Constituição não é simples ideário e nem as normas jurídicas são conselhos, mas sim a conversão deste ideário em regras impositivas para todos (BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 236). Logo, se *a constituição vale como lei*, "às "normas programáticas" é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político" (CANOTILHO, 1999, p. 1102).

É possível verificar, portanto, que a concepção de norma programática como mera exortação moral destituída de normatividade foi historicamente ultrapassada (BARROSO, 2001, p. 120).

Logo, pode-se afirmar que *toda norma, mesmo programática, é vinculante e possui carga eficacial*[34], restando analisar as condições de vinculação de cada norma em particular. A questão da vinculação dos direitos sociais é, parece, o ponto central do tema: toda a classificação dos direitos sociais consiste, no fundo, na discussão sobre se estes direitos podem ser exigidos judicialmente, por quem e em quais condições. Em sendo historicamente ultrapassado o entendimento da programaticidade como ausência de vinculação destas normas, vive-se um paradoxo consistente no fato de que, a despeito da suposta superação do entendimento preconceituoso de que as normas sociais são destituídas de juridicidade, este entendimento persiste tanto na jurisprudência quanto na doutrina, o que leva a concluir que há

[34] É neste sentido que a categoria 'norma programática' será utilizada neste trabalho.

uma negação mascarada da normatividade destes direitos sobre os quais há um consenso velado de que "*vinculam, mas não vinculam*".

Chega-se a esta conclusão porque não são poucos os autores que iniciam seu estudo afirmando que todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, são vinculantes, sendo inadmissível sua qualificação como "meras exortações morais", mas finalizam opondo obstáculos à sua justiciabilidade que são *apresentados como intransponíveis*. Ora, se não são justiciáveis os direitos sociais, que espécie de vinculatividade é esta que lhe é reconhecida? Bem se vê que quando o tema é assim exposto, este reconhecimento é meramente *nominal*, vez que não se podem retirar quaisquer conseqüências concretas da vinculação formalmente reconhecida, mas veladamente negada.

Como os obstáculos que se lhes opõem consistem prioritariamente na sua suposta baixa densidade normativa, nas reservas do financeiramente possível, do legislador e do administrador, analisar-se-ão oportunamente cada um destes temas, verificando em que grau pode-se aceitar que os mesmos enfraqueçam ou retirem a vinculatividade nominalmente reconhecida.

1.3.4. Densidade normativa dos direitos fundamentais sociais

1.3.4.1. Densidade normativa e exigibilidade dos direitos sociais

À questão da vinculação das normas de direito social liga-se à da densidade normativa destas mesmas normas, com reflexos em sua aplicabilidade e justiciabilidade.

Como foi demonstrado, os textos constitucionais caracterizam-se por sua textura aberta, cujas normas são "rendas, malhas com pontos largos" (MÜLLER, 2000, p. 67) e cuja interpretação dá-se nas "penumbras" (ANDRADE, 2004, p. 187). Entretanto, afirma-se que alguns preceitos constitucionais possuem maior densidade normativa do que outros.

A densidade normativa corresponde a idéia de se definir, *em nível constitucional, com certo grau de precisão*, o objeto ou conteúdo principal da norma (SARLET, 2001, p. 269). Conforme seja maior ou menor o grau de precisão (ou determinação) do objeto da norma no próprio texto constitucional, diz-se que há maior ou menor densidade normativa.

Se a abertura textual é, como se disse antes, um *proprium* dos textos constitucionais, pode-se afirmar que esta sua característica potencializa-se em seara dos direitos fundamentais sociais, ou seja, que estes se caracterizam geralmente pela sua baixa densidade normativa[35]. Assim, embora se reconheça aos direitos sociais força normativa, também, de outro lado, se reconhece que ostentam caráter organizador, planificador, diretivo e dirigente, razão pela qual são menos densos que o *ius cogens*, em grande parte devido à necessária margem de elasticidade requerida para seu adimplemento pela Administração (HÄBERLE, 2002 a, p. 165).

No mesmo sentido, afirma Ingo Sarlet (2001, p. 269) que as normas programáticas caracterizam-se por reclamar interposição do legislador para que possam gerar a plenitude de seus efeitos, por possuírem uma normatividade insuficiente para permitir seja atingida sua plena eficácia:

> Com efeito, como poderiam, por exemplo, juízes e tribunais definir e regulamentar a forma da participação dos empregados nos lucros das empresas sem promover, além de uma análise de cunho técnico, um amplo e aberto debate envolvendo os segmentos interessados (entidades sindicais dos trabalhadores e dos empregadores, etc.)? Que tipo de atividades na esfera cultural poderiam compulsoriamente ser impostas ao Estado, no sentido de gerar, em contrapartida, um direito subjetivo individual a uma prestação concreta (por exemplo, um direito de livre acesso aos espetáculos culturais para a população carente, às expensas do Estado ou da entidade promotora)? (SARLET, 2001, p. 271).

Disto resulta muitas vezes, portanto, indispensável a interposição legislativa do legislador infraconstitucional, a fim de conferir àqueles preceitos constitucionais

[35] Repete-se, entretanto, que a abertura textual própria ao texto constitucional não implica a diminuição ou diluição da força normativa das normas textualmente abertas, que “valem como lei”.

indeterminados ou pouco densos a normatividade necessária à configuração de sua plena eficácia e permitir que a intermediação do legislador infraconstitucional agregue valores políticos às escolhas que devem ser feitas na individualização das prestações que devem ser cumpridas. Esta necessidade justifica-se, portanto, não somente do ponto de vista técnico-jurídico, a fim de permitir que as conseqüências jurídicas dos preceitos constitucionais possam ser exaradas adequadamente, mas, especialmente, do ponto de vista da legitimação das escolhas e das opções através das quais a concretização daqueles preceitos vai dar-se.

Assim, a realização dos direitos sociais é indissociável da política econômica e social de cada momento, sobretudo em um sistema pluralista, de modo a permitir distintas concretizações, de acordo com as escolhas periódicas do eleitorado, apurando-se a projeção e o sentido essencial de cada direito na ordem constitucional (MIRANDA, 2000, p. 113). Isto significa que deva haver um *espaço de conformação normativo extenso* que preponderantemente seja determinado pelo legislador democraticamente eleito. Por outro lado, com isto não se quer dizer ser democraticamente ilegítima a intervenção judicial nesta área, mas apenas que há preponderância da atuação do legislador. Se, de outra forma, há inércia do legislador, evidentemente outros órgãos do Estado apresentam-se legitimamente para garantir o cumprimento dos fins estatais, tema que será abordado quando do tratamento da reserva do legislador.

Há ainda que dizer que, dentre as razões que justificam a interposição do legislador ordinário, sobressai-se a necessidade de ter uma *visão sistemática e geral não só dos custos, mas igualmente dos potenciais afetados pelo benefício* (PECES-BARBA, 2006, p. 164).

Daí muitos autores afirmarem que os direitos sociais dependem da interposição legislativa para gerarem *quaisquer efeitos*, donde concluem serem direitos meramente relativos. Ora, se se interpreta a baixa densidade normativa como uma *desautorização genérica* para que tais direitos possam ser reclamados via judicial, deixando-os ao encargo

exclusivo do juízo de conveniência e oportunidade do legislador que, embora obrigado, não estaria sujeito ao controle por outro órgão que se entenda competente, tem-se de fato a situação denominada de “grau zero de garantia” (CANOTILHO, 1999, p. 351).

É o caso quando se afirma que a inexistência de um direito em sentido estrito em nível constitucional teria por conseqüência a limitação de sua justiciabilidade, o que acabaria por impor a “autoncontenção” dos juízes que, caso assumissem o papel de “defensores da Constituição”, “iriam suscitar o aparecimento de situações freqüentes de inconstitucionalidade, tendo em conta o caráter generoso do programa de longo prazo contido nos preceitos relativos aos direitos sociais” (ANDRADE, 2004, p. 391 ss).

Não é difícil inferir que deste tipo de argumentação se pode chegar às conclusões mais conservadoras, no sentido de uma leitura paralisante e estática quanto à realização do conteúdo dos direitos sociais, em detrimento da leitura proposta. Nela está *implícita a negação do caráter vinculante* dos direitos sociais, bem como está pressuposta que “as situações freqüentes de inconstitucionalidade” *não seriam antijurídicas* no “sentido estrito”, uma vez que em relação a elas devem os juízes abster-se de suscitá-las, com base em uma razão, ao que parece, *quantitativa* (e não qualitativa).

Mantendo-se fiel à proposta metodológica explicitada na introdução deste trabalho, objetiva-se contribuir para a atribuição de maior eficácia aos direitos sociais. Porém, este objetivo não pode ser atingido através da *supremacia de pressupostos ideológicos em detrimento da estrutura técnico-jurídica* dos direitos em exame, sob pena de recair-se na mesma conduta que se está a criticar. Isto impõe uma *dupla cautela*: a de evitar as armadilhas de uma leitura que ignore as dificuldades inerentes à concretização dos direitos sociais e a de evitar as armadilhas de uma leitura acrítica que não se aperceba de que algumas das dificuldades atribuídas à concretização dos direitos sociais são fictícias.

Assim, torna-se necessário, em primeiro lugar, desideologizar as leituras dos direitos sociais para então se compreender quais efeitos são exaráveis de cada norma de direito social, ou seja, em que termos pode ser atribuída sua aplicabilidade. Em especial, é necessário compreender qual o papel dos tribunais na sua concretização e para sua justiciabilidade.

1.3.4.2. Desideologizando a densidade normativa

A despeito da densidade normativa de cada preceito constitucional em concreto ser determinante para verificação objetiva do grau de aplicabilidade direta que dele se pode inferir, a leitura desta densidade normativa é ideologizada. Mesmo que se reconheça a importância da mediação concretizadora do legislador infraconstitucional, inclusive para fins de manterem-se abertas as opções democráticas de realização dos direitos sociais, é necessário admitir que a vaguidade e a fluidez textual nunca consistiram, por si só, em empecilho à concretização de quaisquer direitos, sendo mesmo inerentes ao labor jurídico. Tomem-se, por exemplo, os conceitos de boa-fé, negligência, abusividade, dano irreparável, entre tantos outros. Por esta razão afirma-se ser a densidade normativa um argumento ideológico:

> "É puramente ideológica – e não científica – a tese que faz depender de lei a fruição dos poderes ou direitos configurados em termos algo fluídos" (BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 245).

Por outro lado, o grau de densidade normativa de um direito social considerado suficiente a ensejar aplicabilidade direta da norma é um dos pontos mais polêmicos quando se discute a eficácia dos direitos sociais. A proposta de separação entre regras e princípios é bastante útil para uma compreensão desideologizada da problemática da densidade normativa. Como demonstrado, a interpretação constitucional é marcada pela abertura textual de seus preceitos. Logo, a questão acerca de quais são os direitos fundamentais sociais que possam ser atribuídos a um indivíduo é definitivimante uma questão de ponderação entre princípios (ALEXY, 1997, p. 494).

Assim, o modelo proposto por Alexy (1997, p. 484 e ss) comporta oito níveis (ou graus) de exigibilidade diferentes, a partir da combinação dos elementos da vinculação e não vinculação, das dimensões subjetivas e objetivas e da outorga de direitos definitivos ou *prima facie*. Através deste modelo pode-se compreende desde logo que em sede de interpretação de direitos fundamentais (como um todo) não se está diante de um método de interpretação por subsunção, de tudo ou nada, mas de um método de ponderação e de gradação, que torna sempre necessariamente mais complexa a tarefa de reconhecer o grau maior ou menor de determinação de uma norma.

Porém, o aspecto de maior relevância que se quer destacar ao se fazer referência à ideologização da densidade normativa é o de que dois preceitos constitucionais com *mesma* baixa densidade normativa são interpretados de forma *diferenciada* quanto à sua força normativa, vinculatividade e aplicabilidade, conforme se trate de um direito de liberdade ou de um direito social.

Assim, se não se quer adotar uma postura ideologicamente marcada de uma cegueira inadmissível, recusando as dificuldades óbvias inerentes à concretização dos direitos sociais, tampouco pode ser admitida a postura ideologicamente marcada de outra cegueira igualmente inadmissível: a que impede se veja o quanto a classificação dos direitos fundamentais, no tocante à sua eficácia e aplicabilidade, *dispensa a análise objetiva* da estrutura dos direitos fundamentais para atender uma classificação prévia, *já dada*, em que se encontram tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais. Logo, a classificação quanto aos efeitos dos direitos sociais *preexiste* em relação à sua estrutura e é mesmo dela, em alguns casos, independente e calcada em *critérios arbitrários*.

Assim, atribui-se baixa densidade normativa aos direitos sociais quase sempre em comparação à estrutura normativa dos direitos de liberdade, indagando-se sobre se seria certo dotar os direitos sociais da mesma aplicabilidade que têm os direitos de liberdade, apesar de

suas diferenças estruturais (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 75). Sugere-se aqui uma inversão deste questionamento: *quão diferentes, objetivamente*, são as estruturas dos direitos sociais e de liberdade, que justifiquem o tratamento diferenciado quanto à sua aplicabilidade?

Ora, a vaguidade textual dos direitos de liberdade é freqüentemente apontada pela doutrina, pois os direitos de liberdade também são marcados por formulações abertas e vagas, sem que deixem de ser diretamente aplicáveis pelo Judiciário, "mediante o recurso à interpretação, sem que se cogite – neste particular – de ofensa ao princípio da separação de poderes" (SARLET, 2001, p. 270). Assim, tal como os direitos sociais, também os direitos de liberdade englobam diferente conteúdo, variável estrutura e são, por isto, passíveis de *diversa concretização* (MIRANDA, 2000, p. 107).

Porém, apesar de reconhecida a abertura e vaguidade textual também das normas dos direitos de liberdade, a estes uma muito *maior eficácia* é de plano reconhecida. O amplo reconhecimento doutrinário da vaguidade e indeterminação textual dos preceitos constitucionais consagradores dos direitos de liberdade permite conduzir à conclusão de que seu tratamento díspar quanto à sua aplicabilidade provém, antes, do fato de os direitos de liberdade já terem ultrapassado seu momento histórico de afirmação, sendo hoje plenamente consagrados no *plano político*, razão que sobrepuja mesmo a estrutura aberta de seus preceitos.

Assim, *é sua consagração política – e não jurídica – que lhe permite a dotação de um regime jurídico que consiste na sua plena eficácia imediata* e que é tido pela doutrina tradicional como completamente distinto do regime jurídico dos direitos sociais.

Com propriedade, afirma Luis Roberto Barroso (2002, 106):

> É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. Também os direitos políticos e individuais enfrentaram, como se assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação.

A respeito, tome-se um exemplo apto a ilustrar o que se tem dito:

> Ainda que todos os preceitos constitucionais se manifestem através de conceitos indeterminados: nos direitos, liberdades e garantias, trata-se de concretizar decisões constitucionais, de modo que o juiz pode definir os conceitos, *que devem considerar-se "indiretamente determinados" por remissão para um consenso pressuposto* (...) já se podem considerar "direitos determinados" os direitos concretos a prestações individualizadas, quando estas dependem de uma atuação legislativa que, além de obrigatória, é vinculada. Assim, pode haver um *direito dos indivíduos à protecção policial*, fundado na garantia do dever estadual de organizar uma polícia de segurança com determinadas características (ANDRADE, 2004, p. 194).

Há que se indagar, frente a este exemplo, por que há um *consenso pressuposto* que permite ao juiz definir os conceitos indeterminados dos direitos de liberdade? Qual é a *diferença estrutural* que justifica transmudar um conceito indeterminado em conceito indiretamente determinado?

Igualmente: Por que tal pressuposto consensual não pode ser conferido aos direitos sociais, a fim de suprir-lhes a baixa densidade normativa? Finalmente, por que se pode entender haver um direito individual à proteção policial e não se pode falar em um direito individual à educação, por exemplo? Qual é a significativa diferença, do ponto de vista da estrutura e densidade normativa, que justificaria a um ser exigível e ao outro, não?

Tudo indica que as respostas a estas perguntas teriam de desbordar do mero plano da densidade normativa e da abertura textual da norma para encontrar guarida em motivos outros que não os da estrutura normativa dos preceitos constitucionais de liberdade ou sociais. Aliás, é por esta singular razão que se tem de recorrer à ambígua categoria de um "consenso pressuposto".

Disto resulta que a inoperância dos preceitos de direito social deva-se muito mais à incorreta compreensão de sua força normativa do que propriamente à pretensa debilidade jurídica que lhe é imputada e cujo propósito é a função dissimuladora da frustração que se lhe impõe (MELLO, 1981, p. 234). A *negação sutil* da vinculação dos direitos sociais ganha peso

com o recurso à interpretação ideologizada da densidade normativa, permitindo que a prática judicial seja *conivente com sua sistemática violação*:

> Em vez de tutelar o Executivo, condicionando suas políticas públicas, disciplinando seus gastos sociais e evitando distorções clientelísticas, tais declarações se limitam a propósitos meramente legitimadores. (...) *Trata-se de uma negação sutil, que costuma se dar por via de uma "interpretação dogmática" do direito, enfatizando-se, por exemplo, a inexistência de leis complementares que regulamentem os direitos* e as prerrogativas assegurados pela Constituição. Sem a devida "regulamentação" por meio de uma lei complementar, esses direitos e essas prerrogativas têm vigência formal, mas são materialmente ineficazes (FARIA, 2002, p. 98-99 – grifou-se).

Além disto, parece ter razão Ingo Sarlet (2001, p. 270) ao definir que a interposição legislativa somente é vista como indispensável não com base em motivos estruturais e normativos, mas antes pelo fato de que a realização dos direitos sociais demanda, em regra, elevados encargos financeiros.

Finalmente, a ideologização da discussão em torno à densidade normativa dos direitos sociais torna-se patente quando se analisa a situação destes no sistema jurídico pátrio. De fato, a necessidade de integração do texto constitucional na época de sua promulgação impôs ao legislador infraconstitucional a tarefa de elaborar duzentas e quarenta e duas normas regulamentadoras (PIOVESAN, 2003, p. 121). Hoje, porém, *a maior parte das normas constitucionais de cunho social já gerou eficácia*, tendo sido "devidamente integradas na maior parte por legislação infraconstitucional" (FRISCHEISEN, 2000, p. 83)[36].

[36] A maior parte das políticas públicas constitucionalmente estabelecidas foi implementada em nível infraconstitucional, "compreendendo disposições atinentes: a) à seguridade social: artigos 194/204 da Constituição Federal: saúde: Leis n. 8.080/90 e n. 8.142/90 (Sistema Único de Saúde); previdência social: Leis n. 8.212/90 e 8.213/90 (Custeio e Benefícios Previdenciários); assistência social: que contém disposições às pessoas portadoras de deficiência e idosos que não podem se manter por si e por suas famílias Lei n. 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social) e Lei n. 8.909/94 (Lei das Filantrópicas); b) à educação: artigos 205/214 da Constituição Federal e Leis n. 9.394/96 (Diretrizes e Base), 9.424/96 (Fundo de valorização do magistério – FUNDEF); c) à cultura: artigos 215/215 – Lei 8.813/91 (dispõe sobre incentivos fiscais); d) ao desporto: artigo 217 – Lei n. 9.615/98; e) à ciência e tecnologia – artigos 218/219; f) à comunicação social – artigos 220/224 – Lei – Lei n. 9.472/97 e Lei n. 9.612/98; g) ao meio ambiente – artigo 225 – Lei n. 9.605/98; h) à família, criança, adolescente e idoso – artigos 226/230 – Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente) e Lei n. 8.842 (Política Nacional do Idoso); i) aos índios – artigos 231/232" (FRISCHEISEN, 2000, p. 81 ss).

Isto quer dizer que, em grande medida, o problema da densidade normativa *só subsiste no plano retórico* e não é mais um problema que se possa seriamente considerar obstaculize a atividade jurisdicional. As *escolhas do legislador* democraticamente eleito *já se realizaram*, faltando apenas que tais escolhas sejam *concretizadas*.

Como conclusão deste item, é preciso dizer que longe de se negar as dificuldades inerentes à concretização das normas de direitos sociais, cuja vaguidade da redação é manifesta – para além do reconhecimento de outros problemas inerentes à sua concretização, especialmente seus custos – o que se está aqui a chamar atenção é que estas dificuldades são aumentadas quando se tratam dos direitos sociais e diminuídas ou mesmo ignoradas quando se tratam dos direitos de liberdade cuja redação seja marcada pelo mesmo grau de vaguidade textual.

Assim, propõe-se a adoção de uma classificação ideologicamente isenta[37], com base objetiva na estrutura de *cada direito* e motivada pela pretensão de *imprimir eficácia aos direitos fundamentais como um todo*, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, de nada valeriam estas observações se objetivassem a uma redução na esfera de eficácia dos direitos de liberdade com fundamento em uma pretensa vaguidade textual (o que absolutamente não se quer e o que, felizmente, não é possível). Ao contrário, buscou-se destacar os conteúdos políticos e ideológicos que tornam mais complexos e intransponíveis os obstáculos à concretização dos direitos sociais e, portanto, dos direitos fundamentais como um todo.

Feita esta advertência sobre os riscos de uma leitura ideologizada da densidade normativa dos direitos sociais, retoma-se o estudo da aplicabilidade, eficácia e justiciabilidade destes direitos.

---

[37] Repete-se que todo conhecimento está imbuído em condicionamentos políticos, sociais, culturais e econômicos. O reconhecimento deste condicionamento é o primeiro e indispensável passo rumo a maior objetividade possível que, em não sendo nunca a idealizada, é tanto maior quanto maior seja o exercício de distanciamento crítico persistente e contínuo do intérprete.

1.3.5. Aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais sociais

1.3.5.1. Aplicabilidade imediata das cargas eficaciais

Tendo em vista o que se disse no tópico anterior, inicia-se pela afirmação de que a carga eficacial de cada norma de direito social deve ser verificada em concreto, conforme seja sua densidade normativa apta ou não a permitir aplicabilidade imediata, exarada diretamente dos preceitos constitucionais, recusando-se desde logo qualquer tipo de *desautorização genérica* de sua eficácia.

Igualmente, é necessário constatar que toda norma de direito social produzirá *algum efeito*, sendo este, então, *imediatamente aplicável*, nos termos do disposto no art. 5º, § 1º da Constituição. O grau de eficácia gerado por cada um dos direitos sociais só poderá, porém, ser definido na análise concreta de seu conteúdo e não através de uma análise abstrata.

Assim, os direitos sociais estarão sempre aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis. Por outro lado, "o quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá, por outro lado, sempre de sua *forma de positivação* no texto constitucional e das *peculiaridades de seu objeto*" (SARLET, 2001, p. 259 – grifou-se).

Também José Afonso da Silva (1998, p. 165) partilha desta posição e entende imediatamente aplicáveis as por ele denominadas, em sua clássica tipologia das normas constitucionais, normas de eficácia limitada: "o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes".

Portanto, cada norma em particular determina seus efeitos, pois não são homogêneas suas características, tendo diferenciada carga eficacial, conforme seja maior ou menor sua densidade normativa (SARLET, 2001, p. 269). Por esta razão, é possível reunir tanto as normas atinentes à dimensão subjetiva, quanto as atinentes à dimensão objetiva – ou seja,

tanto aquelas que (conforme entendimento usual) geram imediatamente posições subjetivas exigíveis como as que dependem de interposição legislativa – para fins de proposição de uma catalogação *geral* dos efeitos das normas de direitos sociais.

1.3.5.2. Tipos eficaciais imediatos e mediatos

Até então, se tem dito que as normas de direito social ensejam cargas eficaciais distintas, de acordo com a densidade normativa analisada em cada situação concreta, uma vez que, em sendo variável esta carga, não pode ser prévia e genericamente estabelecida. Da mesma forma, das distintas normas de direito social não só decorrem cargas eficaciais distintas, mas também *tipos eficaciais diversos*. Isto significa que diferentes são os efeitos potencialmente atribuíveis a cada direito social, devendo a espécie de efeito passível de ser gerado numa situação concreta ser analisada caso a caso.

Assim, é possível estabelecer uma tipologia dos efeitos das normas de direito social. Para esta tipologia dos efeitos decorrentes dos direitos fundamentais sociais, optou-se por uma síntese dos efeitos que a doutrina vem reconhecendo àqueles direitos e é dividida pelo critério temporal imediato e mediato. Logo, diferenciam-se os efeitos que decorrem diretamente das normas de direito social daqueles que não prescindem da interposição legislativa e que são, portanto, mediatos.

Assim, quanto aos direitos sociais, pode-se dizer que são aptos a gerar os seguintes efeitos[38], entendidos como *efeitos imediatos decorrentes do conteúdo normativo constitucionalmente determinado*:

a) Parâmetro para interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais, condicionando a atividade discricionária da Administração e a interpretação e concretização das normas jurídicas pelo

[38] Optou-se por uma enumeração dos efeitos imediatos e mediatos das normas de direito social. A fim de permitir uma maior clareza ao arrolar os efeitos, todos os comentários pertinentes foram deslocados para as notas de rodapé, razão pela qual sua leitura é tida por imprescindível (como, aliás, em todo o trabalho).

Judiciário (SARLET, 2001, p. 273-274; HESSE, 1998, p. 175-176; BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 238-239; SILVA, 1998, p. 147; DINIZ, 2003, p. 118 e, quanto ao último[39], CANOTILHO, 1999, p. 452; ANDRADE, 2004; p. 393, BARROSO, 2001, p. 122);

b) Revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao preceito jusfundamental, operando plena eficácia derrogatória (SARLET[40], 2001, p. 272; BARROSO, 2001, p. 122);

c) Vinculação do legislador, que obriga o legislador não só a produzir as medidas concretizadoras dos direitos sociais, mas também vinculam o modo organizatório e o conteúdo da normação em acorde com os parâmetros jusfundamentais, vedada a utilização de fórmulas vagas e abstratas pela imposição de medidas concretas, o que se poderia chamar de *liberdade de conformação vinculada* (CANOTILHO, 1999, p. 452; HESSE[41], 1998, p. 175; SILVA, 1998, p. 147; SARLET, 2001, p. 272-273; ANDRADE, 2004; p. 393);

d) Declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos posteriores e antitéticos aos preceitos de direitos fundamentais sociais (SARLET, 2001, p. 272-273; BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 243; SILVA, 1998, p. 147; BARROSO, 2001, p. 122; MENDES, 1999, p. 57-66; CANOTILHO, 1999, p. 1106; DINIZ, 2003, p. 118);

e) Declaração de inconstitucionalidade por *omissão* concentrada e abstrata na hipótese de ausência do cumprimento da imposição de legislar (SARLET, 2001, p. 273; CANOTILHO, 1999, p. 452; BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 237;

---

[39] Ou seja, quanto ao condicionamento do Judiciário.

[40] "Acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental e, por via de consequencia, sua desaplicação, independentemente de uma declaração de inconstitucionalidade" (SARLET, 2001, p. 272).

[41] "Se todas essas obrigações sociais carecem também da concretização e realização pela legislação ordinária, freqüentemente também tornar-se ativo administrativo, o princípio do estado social permanece, contudo, um princípio constitucional: ele obriga e legitima o legislador e o poder executivo para o exercício de tarefas estatal-sociais" (HESSE, 1998, p. 175).

ANDRADE, 2004; p. 393; MENDES, 1999, p. 57-67; PEREZ LUÑO, 2005, p. 211-212; PIOVESAN[42], 2003, p. 109 e ss.);

f) Geração de situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de abstenção (BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 242; BARROSO, 2001, p. 108; PECES-BARBA, 2006, p. 159; CANOTILHO, 1999, p. 447; DINIZ, 2003, p. 118);

g) Geração de posições exigíveis[43], quanto a uma obrigação estatal de *prestação normativa positiva*[44] (*Leitungsrechte im weitere Sinne*) (MENDES[45], 1999, p. 57; CANOTILHO, 1999, p. 1181; BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 242-243; PIOVESAN[46], 2003, p. 143 e ss.);

h) Geração de posições exigíveis, quanto a uma obrigação estatal de *prestação fática positiva originária* (*Leitungsrechte im engere Sinne*), nos casos de direitos sociais determinados constitucionalmente (ALEXY, 1997, p. 494-501; BARROSO, 2001, p. 108-111; PECES-BARBA, 2006, p. 159; CANOTILHO,

[42] Tem razão Flávia Piovesan ao afirmar que as omissões do legislador infraconstitucional não podem ser mais vinculantes do que as ações constitucionais: "Acentuada é a preocupação da Constituição de 1988 em conferir aplicabilidade imediata a seus preceitos, especialmente aos definidores de direitos e garantias fundamentais, não sendo mais admissível exigir-se do destinatário da norma que aguarde, em espera indefinida, a confecção das normas regulamentadoras faltantes. Se assim o fosse, configurar-se-ia verdadeira subversão da ordem jurídica, apresentando-se a omissão do legislador infraconstitucional mais eficaz que a atuação do constituinte, a inexistência de norma regulamentadora mais vinculante que a existência de norma constitucional" (PIOVESAN, 2003, p. 109).

[43] Evita-se a expressão 'direito subjetivo público', apesar de consagrada pela doutrina para referir-se às posições jurídicas exigíveis, por entender que esta categoria é apenas um dos meios possíveis a que se reconheça a exigibilidade de um direito.

[44] Que pode ou não reconduzir-se à situação exposta no item e).

[45] "A adoção pela Constituição brasileira de instituto especial, destinado à defesa dos direitos subjetivos constitucionalmente assegurados contra a omissão do legislador, não dá ensejo a qualquer dúvida quanto à configuração de direito subjetivo público a uma ação positiva de índole normativa por parte do legislador" (MENDES, 1999, p. 57).

[46] "Questão interessante centra-se na possibilidade de impetração do mandado de injunção por entes coletivos, como organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída" (PIOVESAN, 2003, p. 143).

1999, p. 1181; BANDEIRA DE MELLO[47], 1981, p. 252; 254; SARLET, 2001, p. 283-287);

i) Responsabilização da Administração em caso de *omissão* no cumprimento das disposições de direitos sociais ou em caso de cumprimento contrário à finalidade constitucional (FRISCHEISEN[48-49], 2000, p. 87-93; KRELL[50], 2002, p. 99 ss; STRECK[51], 2000, p. 54 ss);

j) Proibição de retrocesso, conferindo proteção contra alterações normativas que restrinjam o grau de realização de direitos sociais já conferido (SARLET, 2001, p. 275-276; CANOTILHO, 1999, p. 326-327; ANDRADE, 2004; p. 393).

k) Responsabilização do Presidente da República por ação ou omissão que atente contra o exercício dos direitos sociais, nos termos do artigo 85, inciso III da Constituição Federal (BANDEIRA DE MELLO[52], 1981, p. 248; 253; LIMA LOPES, 2002, p. 137-138);

---

[47] "Examinemos regra inclusa na categoria das normas que geram utilidade substancial, positivamente fruível pelos cidadãos, porque descritiva da conduta alheia que, uma vez implementada, realiza a satisfação do bem jurídico outorgado pela Carta do País.
Como visto, tais regras geram, de imediato a) direito à fruição de utilidade deferida e b) direito a exigi-la judicialmente, se negada" (BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 252).

[48] Este item liga-se ao item anterior, pois se relaciona com as prestações fáticas positivas devidas pelo Estado, sendo-lhe, pois, a continuidade lógica decorrente da omissão estatal face a estas posições. A diferença entre os dois reside no fato de que a omissão do Estado configura-se seja nas hipóteses em que as prestações positivas são devidas originariamente, seja nas hipóteses em que o legislador ordinário tenha conferido a mediação concretizadora necessária à norma constitucional.

[49] Afirma Luiz Cristina Frischeisen que "como a ordem social constitucional estipula quais são os direitos sociais e em muitos casos já estabelece sua forma de exercício, não há como evitar sua judicialização, a partir da omissão do administrador em implantá-las" (FRISCHEISEN, 2000, p. 88), defendendo "a possibilidade de responsabilizar a administração pela não implementação das políticas públicas da ordem constitucional social" (FRISCHEISEN, 2000, p. 92).

[50] "As questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao Governo e à Administração Pública, mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pode e deve ser controlada pelos tribunais" (KRELL, 2002, p. 100).

[51] "Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização de mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito" (STRECK, 2001, p. 54)

[52] "Ação ou omissão do Chefe do Executivo que embargue o desfrute dos direitos sociais pode ensejar crime de responsabilidade, pois o art. 82 [da Constituição Federal de 1967], configura como tal, o atentado contra o exercício dos direitos sociais" (BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 255).

l) Controle judicial do orçamento, inclusive através de declaração de inconstitucionalidade de leis orçamentárias (LIMA LOPES[53], 2002, p. 137; KRELL[54], 2002, p. 99-100).

Por outro lado, há que fazer referência aos *efeitos mediatos* decorrentes de preceitos constitucionais *cujo conteúdo normativo tenha sido densificado pelo legislador infraconstitucional*:

m) Geração de posições exigíveis, quanto a uma obrigação estatal de *prestação fática positiva derivada*[55];

n) Geração de direito à igual participação no serviço público estabelecido, nos casos em que a Administração implementou políticas públicas consagradoras de direitos sociais, ou seja, direito a uma quota-parte da prestação (*derivative Teilhaberechte*) (CANOTILHO, 1999, p. 448-449; SARLET, 2001, p. 278-283).

A relevância maior desta síntese classificatória consiste em servir de base à *elaboração de tutelas aptas a "imprimir eficácia aos efeitos"*[56], uma vez que nem o processo pode ser colocado no vácuo (CAPPELLETTI, 1988, p. 12), devendo possibilitar a tutela adequada à estrutura material do direito em concreto, nem tampouco a consagração de deveres pode restar sem a devida proteção judicial (BOROWSKI, 2003, p. 148).

Disto resultam três necessidades: a de compreender como se processa a exigibilidade, especialmente nos casos em que não se reconhece um direito subjetivo, problema do qual se ocupa o capítulo seguinte; a de estruturar um direito processual

---

[53] "as *leis orçamentárias*, incluídos os orçamentos da previdência social, poderão ser impugnadas por ação direita de inconstitucionalidade (art. 102, I) toda vez que contrariarem dispositivos constitucionais" (LIMA LOPES, 2002, p. 137).

[54] "Podemos observar que o instrumento do *orçamento público* ganha suma importância na questão da realização dos serviços sociais; quando este não atende aos preceitos da constituição, ele pode e deve ser corrigido mediante alteração do orçamento consecutivo, logicamente com a devida cautela" (KRELL, 2002, p. 99).

[55] Nos mesmos termos expostos no item h).

[56] A redundância é utilizada propositadamente e se justifica pelo fato de que alguns destes efeitos, por não encontrarem tutela adequada, não alçarem, também (por óbvio), o que seria seu conseqüente resultado.

constitucionalmente adequado[57] a respaldar cada um dos diferentes efeitos gerados, através da estruturação de tutelas pertinentes, o que será feito na segunda parte desta tese, e, finalmente, a de analisar a competência do Judiciário para decidir questões relativas àqueles efeitos, ou seja, sua justiciabilidade, tema que será tratado a seguir.

1.3.6. Justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais

Os distintos efeitos decorrentes das normas de direito social dependem, afora a eficácia social que produzem, do controle judicial que os garante. A própria idéia de vinculação implica a de controle judicial (ALEXY, 1997, p. 500), bem como a de fundamentalidade (BOROWSKI, 2003, p. 148). É propriamente aqui que falar em "grau zero de garantia" faz sentido, pois somente aos direitos cujo controle judicial é negado *a priori* que se pode dizer que não possuem nenhuma garantia, pois, como diz Perez Luño (2005, p. 212) a experiência histórica demonstrou com eloqüência que onde não se dão garantias à proteção dos direitos fundamentais, de liberdade ou sociais, são estes sempre precários.

É também aqui que o debate entre as dimensões subjetiva e objetiva ganha maior expressividade: à primeira reconhecendo-se a possibilidade de exigibilidade judicial e a segunda, reconhecendo meramente um dever objetivo sem titular correspondente.

Inexiste vinculação sem controle judicial. Assim, há que se questionar qual o valor de se reconhecer o valor normativo dos preceitos jusfundamentais, inclusive programáticos, se não se lhes reconhece justiciabilidade?

Hodiernamente, as normas sociais fundamentais têm sua vinculatividade aceita de forma uníssona, como demonstrado – inclusive pelos autores que não aceitam o controle judicial das mesmas. Todos reconhecem algum grau de vinculação, recusando peremptoriamente a qualificação das normas de direito social, mesmo as programáticas, como

[57] Toma-se como referência a expressão de Ernst-Wolgang Böckenförde: 'teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada', transportando-a para a seara processual (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 67 e ss.).

exortações morais ou declarações políticas: sua normatividade é amplamente reconhecida. Porém, qual a valia deste reconhecimento desacompanhado da possibilidade de proteção da norma?

Como afirma Mauro Cappelletti (1988, p. 12), o acesso à justiça é o mais básico dos direitos fundamentais e isto justamente em razão de que a consagração de todos os demais direitos dele depende.

Este, parece, é o primeiro argumento em favor da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: a única forma de reconhecer-lhe efetivamente a normatividade é a de reconhecer-lhe o acesso à justiça, sob pena de uma verdadeira contradição em termos.

Não é à toa que o tema dos direitos sociais provoca temor quanto à capacidade integradora da Constituição como um todo, devido à frustração constitucional que pode decorrer de seu inadimplemento (HESSE, 1998, p. 171; BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 66[58]).

Posta a discussão acerca da justiciabilidade dos direitos sociais, há que se dizer que outra é a discussão acerca dos limites da atividade judicial, que, certamente, impõem-se. *Mas para reconhecerem-se limites é antes necessário reconhecer a atividade a ser limitada*.

Requer-se, pois, a análise dos principais obstáculos opostos à justiciabilidade dos direitos sociais: as reservas do possível, do legislador e do administrador. Observe-se que esta análise deve ser permeada pelo entendimento de que, no embate entre os valores em jogo, não há solução fácil. Aqui também se está diante da necessidade de ponderação, muito mais do que o tudo ou nada, razão que justifica a adoção de uma postura dialética para compreensão das teses em debate.

[58] Não é indigno de nota serem os autores partidários da dimensão objetiva dos direitos sociais.

1.3.6.1. Os custos dos direitos sociais e a reserva do possível: verdades e falácias

Inicialmente, há quem esgrima contra a exigibilidade dos direitos sociais o argumento liberal da neutralidade e não intervenção do Direito e do Estado no domínio econômico. A pretensa ingenuidade de acreditar que o direito seja ou deva ser neutro acerca da intervenção governamental na ordem econômica de há muito vem sendo desmascarada, com pontos de vista os mais distintos, tendo em comum a observação de que Estado e direito, em relação à ordem econômica, podem ser tudo, menos neutros[59]. Daí ser pertinente relembrar a lição de Gramsci (1989, p. 96), a respeito do Direito:

> Em virtude do fato de que se atua essencialmente sobre forças econômicas, reorganiza-se e desenvolve-se o aparelho de produção econômica, inova-se a estrutura, não se deve concluir que os elementos da superestrutura devam ser abandonados a si mesmos, ao seu desenvolvimento espontâneo, a uma germinação casual e esporádica. O Estado, inclusive neste campo, é um instrumento de 'racionalização', de aceleração e de taylorização, atua segundo um plano, pressiona, incita, solicita e pune.

Por outro lado, a ninguém é dado duvidar que a concretização dos direitos sociais envolve largo dispêndio financeiro, visto que exige implementação e manutenção de serviços públicos nos quais consistem as prestações fáticas. O conteúdo econômico destes direitos é, diz-se, a sua principal distinção em relação a outros direitos, que não envolvem alocação de recursos para sua implementação.

Com base no conteúdo econômico dos direitos prestacionais, parte significativa da doutrina fixou entendimento de que a eficácia destes direitos está condicionada à reserva do financeiramente possível, ou seja, à disponibilidade financeira do Estado para arcar com os custos da realização destes direitos. O princípio da reserva do possível permitiu a alguns juristas *negar categoricamente* a competência dos juízes, dado seu déficit de legitimidade

[59] Eros Grau é um dos que afirma que a implementação de políticas públicas pelo Estado "enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista" (2001, p. 28).

democrática, para dispor acerca de políticas sociais que exijam gastos orçamentários (KRELL, 2002, p. 52).

Tomem-se como exemplos:

> São direitos dependentes da existência de uma dada situação econômica favorável à sua efetivação. *Os direitos, aqui, se submetem ao natural condicionante de que não se pode conceder o que não se possui.*(...) Os direitos a prestação peculiarizam-se, sem dúvida, por uma decisiva dimensão econômica. *São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, segundo as disponibilidades do momento,* na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que estes direitos estão submetidos à *reserva do possível* (BRANCO, 2002, p. 146 – grifou-se).

A radicalidade da negação ao caráter normativo dos direitos sociais – mesmo quando no plano discursivo ela é reconhecida – atualiza a perplexidade que inspirou Konrad Hesse a defender a força normativa da Constituição e assume, neste contexto, especial relevância, impelindo à visão dialética dos processos de poder envolvidos:

> Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas (HESSE, 1991, p. 15).

Com base nesta percepção dialética quanto às forças da realidade social e da Constituição é que o debate deve ser desenvolvido. Afinal, não se não deve "alimentar ilusões nem a crença de que as deliberações do espírito operem automaticamente no mundo dos fatos. *Ignorar as dificuldades não impede que elas se produzam*. A efetivação dos direitos sociais é, indiscutivelmente, mais complexa do que a das demais categorias" (BARROSO, 2001, p. 107 – grifou-se).

Por outro lado, há que se considerar que os obstáculos financeiros à concretização dos direitos sociais, tal como a discussão acerca da densidade normativa, foi ideologizado ao extremo, impedindo a discussão objetiva dos problemas que o tema suscita.

Assim, se de um lado não se pode descurar dos obstáculos concretos que se impõem à concretização dos direitos sociais, também não se pode descurar do desenvolvimento da consciência jurídica sobre a real impositividade que os mesmos ensejam. Se não se deseja alimentar a ilusão de que as normas têm o condão de se impor como num "toque de mágica" sobre a realidade, também não se deve abrir mão da formação de uma consciência jurídica, pois a "focalização intensiva sobre a real impositividade normativa das regras constitucionais existentes, concorre para induzir a uma aplicação mais ampla de seus comandos" (BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 235).

Certamente não há de querer cair nas armadilhas do "modelo teórico da utopia" de que fala Flavio Galdino (2002, p. 169-171) e que consiste na premissa da inesgotabilidade dos recursos públicos e na irrestrita separação entre o caráter jurídico e os pressupostos econômicos de realização dos direitos.

Aliás, como se viu, as relações jurídicas não são mais do que uma designação abreviada de um conjunto de direitos a algo, a liberdades e a competências (ALEXY, 1997, p. 187-188), razão pela qual se afirma que todos os direitos são positivos e implicam custos pagos pelos contribuintes. O que vale dizer que nenhum direito se encerra em prestações negativas: todo e qualquer direito possui conteúdo econômico, razão pela qual a escassez de recursos não afeta apenas as premissas da Justiça Social, mas, da mesma forma, as liberdades. É errôneo pensar que um direito que implica tão-somente uma garantia contra invasão da seara estatal, por consistir em uma inação, não tem custos ou seus custos são relativamente baixos. Ocorre, porém, que uma gama considerável de recursos estatais destina-se à proteção desta sorte de direitos (HOLMES; SUSTEIN, 2000, p. 35 ss).

No mesmo sentido, Abramovich e Courtis (2003, p. 135 ss) afirmam ser ideológica a divisão, não se podendo traçar uma distinção qualitativa entre o valor normativo de direitos de defesa e direitos sociais com base na suposta isenção de custos de uns e na alocação de

significativos recursos de outros. Se os direitos sociais possuem marcado conteúdo econômico, o mesmo se diga em relação aos demais direitos de liberdade: imaginem-se os enormes custos requeridos para implementação do sistema eleitoral que assegura o direito de voto ou mesmo o conteúdo econômico envolvido no asseguramento do direito à prestação (positiva) jurisdicional (ou se quiséssemos imaginar tão-só os custos decorrentes do princípio do duplo grau de jurisdição). Os exemplos são inacabáveis.

No fim das contas, trata-se de "jogo de sombras", pois um direito primacialmente prestacional como o direito à jurisdição não explica a razão pela qual é incluído entre os direitos, liberdades e garantias quando possui a mesma estrutura de outros direitos prestacionais (CANOTILHO *in* COUTINHO, 2003, p. 36).

Assim, a reflexão acerca dos custos direitos deve ser revista levando-se em consideração que a tradicional oposição entre direitos de liberdade e direitos sociais, quanto à intervenção estatal, cai por terra.

Além disto, a negação dos direitos sociais com base na limitação orçamentária pressupõe *um orçamento determinado*, desconsiderando que os recursos públicos são captados em caráter permanente e que a captação não cessa nunca, nada impedindo, portanto, que um orçamento posterior assuma a despesa relativa aos gastos sociais (GALDINO, 2002, p. 213).

Sem dúvida, tais observações são imprescindíveis a uma compreensão do problema do conteúdo econômico dos direitos sociais e do quanto a alocação de recursos como óbice à realização dos direitos sociais tomou contornos ideológicos. Não é inoportuna a comparação entre a argumentação que afasta a normatividade dos direitos sociais pela ausência de reserva financeira àquela denunciada por Karl Marx, em O Capital, acerca também dos "embustes" que se impuseram aos direitos sociais, tocantes à regulamentação da jornada de trabalho de crianças, adolescentes e mulheres.

Tal como hoje se esgrime a inviabilidade financeira do Estado como óbice ao cumprimento da lei, àquela época esgrimia-se, do mesmo modo, a inviabilidade financeira da indústria ao cumprimento da lei que impunha limites ao sistema de turnos de trabalho. Por esta razão, foram os inspetores fabris instruídos para "não interferirem contra os fabricantes por infração à letra da lei", uma vez que não se admitia fossem "os grandes interesses industriais deste país ser tratados como coisa secundária" (2001, p. 332; 320 e ss.). Passados cento e cinqüenta anos, tem-se a impressão de que mudam os problemas, mas não as maneiras de combatê-los.

Assim, repete-se o que foi dito anteriormente a propósito da necessidade de desideologização da leitura dos preceitos jusfundamentais: o tratamento díspar quanto às conseqüências dos custos envolvidos para concretização dos direitos fundamentais provém, novamente, do fato de os direitos de liberdade terem sua legitimidade consagrada aprioristicamente, ao contrário dos direitos sociais que, em regra, *a priori* tem contra si uma profunda desconfiança que culmina numa *desautorização prévia e genérica* em relação aos mesmos.

Mais uma vez, as dificuldades inerentes à implementação dos direitos sociais são aumentadas, ao passo que as relacionadas aos direitos de liberdade são diminuídas ou mesmo ignoradas. À evidência, nenhum problema reside no fato de que se subtraiam as dificuldades inerentes à concretização dos direitos de liberdade. O problema reside em ser esta subtração seletiva e, principalmente, inconsciente e acrítica, acarretando como resultado indesejável uma majoração dos obstáculos opostos aos direitos sociais.

Somente conscientes desta potencialização, em nível ideológico, dos problemas relacionados aos custos dos direitos é que se pode, então, compreender o Princípio da Reserva do Possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*), que é um topos da jurisprudência constitucional alemã, segundo o qual os direitos sociais somente consistem em direitos subjetivos à

prestação material de serviços públicos pelo Estado quando houver disponibilidade de recursos econômicos para tanto, restando a decisão acerca da disponibilidade de tais recursos no campo da discricionariedade governamental e parlamentar para composição dos orçamentos públicos (KRELL, 2002, p. 52).

É paradigmática a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha acerca do "*numerus clausus* de vagas nas Universidades (*numerus-clausus Entscheidung*), [que reconheceu] que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à 'reserva do possível'" (MENDES, 1999, p. 47-48).

Esta decisão ganhou enorme repercussão doutrinária no Brasil, nem sempre de forma responsável, o que ensejou a que Andreas Krell (2002, p. 51 ss) se referisse a uma falácia da reserva do possível como *fruto de um direito constitucional comparado equivocado* (KRELL, 2002, p. 51). A falácia de que trata Krell consiste no evidente descompasso entre as realidades brasileira e alemã, notoriamente sobre o problema da exclusão social, redundando em que o conceito alemão de redistribuição da riqueza (*Umvertailung*) – que serve de fundamentação à idéia de reserva do possível – tenha conotação completamente distinta da que tem no Brasil. Daí decorre que a discussão sobre os limites do Estado Social e a contenção das prestações estatais que se trava na Alemanha não possa ser transplantada para cá, em razão de não se haver concretizado um Estado de Bem-Estar.

A fim de não se recair no equívoco apontado, três observações impõem-se. Em primeiro lugar, deve-se salientar que "a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a *todos* os candidatos" (KRELL, 2002, p. 52).

Em segundo lugar, que o direito constitucionalmente garantido do cidadão que satisfaz às condições subjetivas de admissão de ser admitido ao estudo universitário de sua

escolha encontra-se "sob a reserva do possível, no sentido do que o indivíduo pode esperar razoavelmente da sociedade"[60] (BverfGE [Coletânea das Decisões do Tribunal Constitucional Federal], n. 33, p. 333 *apud* ALEXY, 1997, p. 425 – grifou-se).

Em terceiro lugar, o Tribunal expressou haver um direito *prima facie* de todo cidadão que tenha sido aprovado a ser admitido em uma instituição educacional de sua escolha, deixando em aberto os termos em que tal direito *prima facie* pode converter-se em um direito definitivo (ALEXY, 1997, p. 425).

Em síntese, salienta-se que o Tribunal rejeitou pedido de criação de vagas nas universidades públicas para atender a *todos* os candidatos, pedido que, para além de fugir à reserva do financeiramente e faticamente possível, afigurou àquele Tribunal como *desarrazoado*, ou seja, acima da expectativa social aceitável, reconhecendo, entretanto, um direito *prima facie* que poderia, sob certos pressupostos, converter-se em direito a prestações por parte do Estado. A reserva do possível deve ser entendida, portanto, não como inviabilidade *a priori* de realização dos direitos sociais, mas antes como *necessidade de ponderação dos bens em jogo* (ALEXY, 1997, p. 498).

No Brasil, entretanto, o princípio da reserva do possível tem, muitas vezes, exercido função de mero *topos* retórico destinado à desqualificação *a priori* dos direitos sociais, visto que é lançado mão à revelia mesmo da verificação da disponibilidade efetiva do livro-caixa do Estado, como se se partisse do pressuposto de que o Estado não terá recursos financeiros suficientes à efetivação daqueles direitos. A pressuposição de que a alegação de ausência de recursos não necessita de demonstração acaba por conferir ao instituto certos contornos místicos.

É por esta razão que se tem imposto como condição a que se alegue a reserva do possível, num eventual impedimento à concretização de um direito social, a demonstração da

[60] "Bajo la reserva de lo posible, en el sentido de aquello que el individuo puede esperar razonablemente de la sociedad".

incapacidade financeira do Estado, ou seja, o ônus de provar que o Estado não pode arcar com os custos da implementação do serviço público no qual consiste o direito social é do Estado e não pode ser pressuposto com base em presunções abstratas.

Além disto, a interpretação equivocada da idéia da reserva do possível no Brasil, ao pretender a limitação da eficácia dos direitos sociais exclusivamente à disponibilidade financeira do Estado na gestão dos serviços públicos básicos em que consistem aqueles, secundou (ou até mesmo ignorou) o fato de ter a Corte Constitucional alemã entendido que a exigibilidade do direito social deva *pautar-se pela razoabilidade*, não se podendo exigir, *independentemente da disponibilidade econômica do caixa do Estado,* o cumprimento de prestação que supere aquilo que razoavelmente dele se pode cobrar.

Mais acertada, portanto, é a posição de Ricardo Lobo Torres (2003, p. 29 ss) que impõe ao adimplemento dos direitos sociais a sujeição ao princípio da razoabilidade, tido não somente como "técnica de balanceamento de interesses", mas como princípio legitimador apto a conferir proporcionalidade e equilíbrio às decisões judiciais. Se se admite que os direitos sociais são direitos fundamentais na medida em que atendem ao mínimo existencial, continua o autor, o princípio da razoabilidade adquire papel central na determinação do que pode e do que não pode ser exigido como direito fundamental social. Somente o que sobreexcedesse o *mínimo razoável* é que poderia ser limitado pela reserva orçamentária.

Logo, este princípio funda-se sobretudo pela razoabilidade, que é condicionante do reconhecimento do dever do Estado no caso concreto, de um lado, e do direito definitivo, de outro. Conseqüentemente, a razoabilidade é condicionante do reconhecimento dos gastos que o Estado deve arcar para o adimplemento dos direitos (razoáveis) reconhecidos. Porém, a adoção *acrítica* da reserva do possível para o caso brasileiro representa a *legitimação cínica da omissão do Estado*, face ao quadro crônico de falta de recursos financeiros para satisfação

mínima das áreas sociais, sobretudo quando se excluem as vias de controle jurisdicional sobre os gastos públicos:

> Não parece ser bem escolhido o exemplo trazido pelo autor, que deveria ficar a critério do Executivo a escolha se tratará com os recursos públicos disponíveis "milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou um pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável". A resposta coerente na base da principiologia da Carta de 1988 seria: tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem (KRELL, 2002, p. 53).

Naturalmente, não se trata de um "jogo de tira e bota". A complexidade de fatores que influenciam a tomada de decisões políticas concernentes à destinação orçamentária não permite uma tal suposição. Entretanto, a posição que se quer marcar, *resguardada a esfera de decisões eminentemente políticas*, é que a opção entre cumprir ou não os preceitos constitucionais determinados não está dada: esta não é uma opção, nem jurídica, nem política.

Assim, há que se guardar cautela quanto à apropriação do princípio alienígena da reserva do possível, pois enquanto a Alemanha já superou o modelo de Estado de Bem-Estar Social, o Brasil sequer atingiu a Modernidade, não tendo cumprido minimamente as promessas de liberdade e de igualdade para a parcela mais significativa da população (ARRUDA JR., 1997, p. 82). Aliás, evidencia-se nisto uma ironia: O Brasil vive ainda, em relação às conquistas do Iluminismo, numa pré-modernidade, ao mesmo tempo em que se vê forçado a ingressar na pós-modernidade neoliberal, vendo-se compelido a retroceder quanto às políticas públicas que mal chegaram a ser implantadas, sem nunca ter vivenciado a Modernidade.

1.3.6.2. Ativismo judicial *versus* reservas do legislador e do administrador: crítica à leitura da separação dos poderes "à direita" de Montesquieu

Em vista da observação quanto à posição do caso brasileiro em relação às conquistas da Modernidade, opta-se por iniciar este tópico afastando o debate entre substancialismo e procedimentalismo, arena na qual esta discussão costuma travar-se[61]. E isto porque mesmo a concepção procedimentalista defendida por Habermas – segundo a qual existe risco de um tribunal, ao ser conduzido pela idéia de concretização dos valores materiais, transformar-se numa instância autoritária – no Brasil não poderia servir como justificativa para denegação dos direitos sociais ou para surrupiar a aplicação dos dispositivos constitucionais de caráter social, pois, para Habermas (1997a, p. 160), o procedimento democrático somente pode ser levado a cabo se atendidas condições existenciais mínimas ao exercício dos direitos. Assim, implicam as categorias de direitos que geram o código jurídico:

> Direitos a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados [direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; direito à possibilidade de postulação judicial, direito à participação nos processos de formação da opinião e vontade].

Da mesma forma ele entende que a distribuição simétrica de direitos depende do reconhecimento de todos como membros livres e iguais, sem opressões. Assim, o erro do paradigma liberal consiste "em reduzir a justiça a uma distribuição igual de direitos (...) No entanto, os direitos não são bens consumíveis comutariamente, pois só podemos 'gozá-los' exercitando-os" (HABERMAS, 1997b, p. 159).

Também Ana Paula Barcellos (2006, p. 38) partilha desta posição, afirmando que "as diferentes teorias que incorporam elementos procedimentais assumem como pressuposto a igualdade de todos (...) Para que essa liberdade possa ser exercida em condições razoáveis, exige-se também um conjunto mínimo de condições materiais". Assim, parece que se em

[61] Vejam-se, por exemplo, STRECK, 2001, p. 39 ss; BINENBOJM, 2001, p. 47 ss.

outras plagas o embate sobre as concepções substancialista e procedimentalista merece especial destaque, no Brasil, em razão de se estar longe de vivenciarmos condições de vida socialmente garantidas como pressuposto do exercício dos demais direitos em igualdade de chances, a polêmica ganha contornos completamente diferentes, razão que justifica a opção feita.

O principal argumento favorável à reserva do legislador, e contrário ao controle judicial das normas de direito social, sobremodo as programáticas, consiste na complexidade de critérios necessariamente envolvidos na solução, que desborda do esquema conflitual individual tradicionalmente posto em juízo.

Uma decisão que envolva um direito social vai seguramente deparar-se com o problema dos custos da efetivação deste direito e, em conseqüência disto, das prioridades orçamentárias do Poder Público, o que significa, em última análise, decisão acerca das prioridades na implementação das próprias políticas públicas consagradoras dos direitos sociais (e isto não na perspectiva individual, mas na análise acerca das prioridades da coletividade, vista como um todo)[62].

Neste sentido, é relevante a reflexão de que a intervenção judicial não deva modificar a distribuição geral de recursos de forma a prejudicar o conjunto de beneficiados pelos direitos sociais, chamando-se atenção para a relevância de uma visão sistemática e geral dos custos e também dos potenciais afetados pelo benefício[63] (PECES-BARBA, 2006, p. 164).

Com razão escreve Böckenförde (1993, p. 79) que ninguém pretende a substituição do ordenamento constitucional democrático por um Estado judicial. No mesmo sentido, tem-

[62] Relembrem-se os exemplos de Ingo Sarlet citados no tópico sobre densidade normativa dos direitos sociais acerca dos problemas desencadeados por uma decisão judicial sobre participação dos empregados nos lucros das empresas ou sobre incentivo cultural (SARLET, 2001, p. 271).

[63] Que são também afetados pela decisão, mesmo quando em demanda individual, ao menos de forma indireta. Se uma decisão determinar que o Estado realize, de forma imediata, um transplante de órgãos em paciente que demonstra urgência de tratamento, isto certamente afetará os demais que estão na fila de espera que, por sua vez, já é organizada (também) pelo critério da necessidade e da urgência. Este é um dos motivos pelos quais se vai propugnar, no próximo capítulo, pela priorização da tutela coletiva dos direitos sociais.

se consignado um justificado temor de substituição do político pelo técnico, pois um rigoroso enquadramento técnico poderia ser antitético ao convívio democrático, sendo, por esta razão, "a criatividade do político que 'atualiza' as exigências nas normas e, mesmo sob um controle pelo Judiciário, o poder deve ter certos espaços nos quais valora, à sua vontade, as decisões que toma" (FERREIRA SANTOS, 2004, p. 96).

Por outro lado, se não se deseja um governo de juízes, cujas ferramentas decisórias tradicionais são inoperantes para resolução de conflitos em que se imponha resolução de impasses políticos e de interesses sociais coletivos e antagônicos, para além do seu déficit democrático, igualmente não se quer um *desgoverno*. Por isto, devem ser rechaçadas as *omissões abusivas* do legislador – e, acrescente-se, do administrador – em sede de direitos fundamentais, caso que dá ensejo ao controle judicial da omissão (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 66; ALEXY, 1997, p. 422). Assim, pode-se ver um impasse entre o *governo de juízes* e o que se chamou de *desgoverno*, apresentando-se riscos de abusos dos dois lados.

Além disto, a crítica à ausência de legitimidade democrática dos magistrados não pode desconsiderar a necessária contextualização social da teoria democrática, sob pena de reduzir-se a um topos retórico destituído de valor. Sobretudo numa democracia marcada antes por ser delegativa do que representativa, e isto justamente porque a extrema desigualdade social subtrai a capacidade de se fazer representar, alimentando um ciclo de dependência política no qual "há uma preponderância de comportamentos e relações delegativas no interior de um padrão institucional definido pelo sistema representativo" (WEFFORT, 1992, p. 108).

A relação entre ausência de políticas públicas asseguradoras dos direitos sociais e o enfraquecimento da democracia em seu sentido substancial não pode, portanto, ser ignorada. Uma democracia que retrai capacidade criativa dos cidadãos, anulando sua potencialidade crítica e confinando sua participação social ao voto, para então encerrá-la, está aquém de suas possibilidades e de suas necessidades (LINS, 1997, p. 3).

Assim, é correto o temor de que um ativismo judicial exacerbado incorreria em degradação da esfera política, podendo constituir-se em ameaça à democracia. Por outro lado, o problema maior do argumento acerca dos riscos de um governo de juízes é a forma *conservadora* com que às vezes é o mesmo manejado, chegando-se ao extremo de falar em uma ditadura da Constituição (ANDRADE, 2004, p. 195).

Ora, a resposta à idéia de uma ditadura da Constituição reside no fato de que no Estado de Direito o poder estatal não preexiste à Constituição, mas é por ela constituído e limitado, pois o princípio do Estado de Direito não pressupõe uma unidade política existente e poder ilimitado que só posteriormente é necessário circundar de barreiras (HESSE, 1998, p. 159).

Igualmente, os poderes estatais não são independentes entre si. Se, de um lado, a separação de poderes é garantia democrática, de outro, não se esqueça, o sistema de freios e contrapesos só funciona em regime de interdependência e não de independência dos poderes, com o necessário controle recíproco, cabendo ao Judiciário justamente "sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico", nisto não residindo o exercício de funções próprias de outro poder. O que o princípio da *supremacia da Constituição* determina ao Poder Judiciário é "assegurar a pronta exeqüibilidade de direito ou garantia constitucional imediatamente aplicável, dever que se lhe impõe e mercê do qual lhe é atribuído o *poder*" (GRAU, 2001, p.330-331).

Também Odete Medauar ensina que pelo princípio da separação dos poderes, o poder detém o poder, cabendo ao Judiciário a jurisdição e consequentemente o controle jurisdicional, inclusive da Administração, não havendo que se falar em ingerência indevida quando se tem, ao oposto, justamente exercício da função primária específica (2006, p. 394)[64].

[64] A expressão "função primária específica" é de José de Albuquerque Rocha, que a usa para definir, com felicidade, a noção de competência como conceito da teoria geral do processo (2003, p. 151).

Resta claro, portanto, não haver que se falar em ditadura da Constituição. Se a Constituição constitui o poder, este deve ser exercido em acordo com as premissas constitucionais.

Da mesma forma, permitir-se que as premissas constitucionais vinculantes (reconhecidamente vinculantes, frise-se) fiquem dependentes exclusivamente do juízo de oportunidade e conveniência do poder obrigado (devedor da prestação constitucionalmente estabelecida), sem nenhum controle dos demais poderes estatais, ao contrário de ser a consagração da separação de poderes, é justamente o rompimento deste princípio, o desfazimento do sistema de freios e contrapesos.

De fato, quem consagra a necessidade de que um poder contenha o outro é o próprio Montesquieu:

> Eis então a constituição fundamental do governo de que falamos. Sendo o corpo legislativo composto de duas partes, uma prende a outra com sua mútua faculdade de impedir. Ambas estarão presas ao poder executivo, que estará ele mesmo preso ao legislativo. Estes três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação[65]. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente[66] (2005, p. 176).

Daí se vê que a garantia de liberdade política do cidadão contra a ameaça de execução tirânica do poder concentrado em um só homem decorre não apenas da limitação de cada poder, mas no exercício do *controle desta limitação* contido na fórmula do "le pouvoir arrête le pouvoir".

Renato Janine Ribeiro, na apresentação à obra O Espírito das Leis, afirma: "O seu ideal estaria num regime em que vigorassem contrapesos ao poder do rei, *checks and balances*, como na Inglaterra" (In: MONTESQUIEU, 2005, p. XXXVIII). Talvez a leitura

[65] "O Estado moderno foi concebido "como uma organização necessariamente rígida e estática, porque o desafio político da época consistia em abolir o absolutismo monárquico, pela despersonalização do poder" (COMPARATO, 1997, p. 344-345).

[66] A expressão "aller de concert", aqui traduzida como "avançar concertadamente" (tradução extraída da edição da Martins Fontes, tradutora Cristina Murachco), também é traduzido como ir ou avançar "em conjunto", certamente mais apropriado.

inexplicavelmente “à direita” de Montesquieu que se faz da separação de poderes tenha participação em outra expressão: “os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei”[67] (2005, p. 175).

Sem dúvida, este debate é em grande parte entorpecido e obscurecido pelo mito do juiz ‘*bouche de la loi*’, neutral, acima e alheio ao entorno, aplicando a lei clarividente de forma autômata e destituído de juízo crítico no exercício de sua atividade.

Embora ninguém possa (e pretenda) defender seriamente a figura do “juiz boca da lei” – que nunca passou de mito, por nunca ter correspondido, nem mesmo como tipo ideal weberiano, às figuras do juiz e da atividade judicial, e cujo propósito maior foi sempre o de obscurecer a complexidade política inerente a qualquer ato interpretativo de aplicação do direito – nota-se que até hoje ele subjaz no imaginário jurídico (e popular) coletivo, dificultando sobremaneira qualquer debate sobre as funções do juiz.

Mauro Cappelletti (1999, p. 42) define bem o papel que se espera do juiz no Estado social de direito: os juízes, afinal de contas, são também um “ramo” do Estado, razão pela qual o que se espera deles é que contribuam com a “tentativa do estado de tornar efetivos tais programas”, contribuição que se realiza na forma de exigência “do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar”.

No mesmo sentido, tem-se apontado, em relação à dimensão política dos direitos sociais, que a norma adquire comensurabilidade de natureza política, vez que é possível ponderar as prioridades governamentais e legislativas. O direito social assume contornos de

[67] Também neste caso, é preciso ter em conta que o contexto no qual escreve Montesquieu faria qualquer jurista alternativista concordar com a necessidade de estabelecer limites que pudessem conter a arbitrariedade que conduzia ao poder despótico e minava ao cidadão a sua liberdade política. Aliás, toda a idéia de “separação de poderes” baseia-se nisto. O mito do juiz “boca da lei” acabou ganhando, ele também, interpretação “à direita de Montesquieu”.

instrumento de governo e administração ao orientar os critérios legitimatórios das políticas sociais e transforma a política numa moeda universal (MACEDO JR., 2005, p. 562-563)[68].

Da mesma forma entende Eros Grau (2001, p. 329), para quem o preceito constitucional vincula em última instância o Poder Judiciário, razão pela qual "negada pela Administração Pública, pelo Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cumpre ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação".

Certamente não se deseja um deslocamento absoluto[69] da arena política e do espaço de conformação dos interesses coletivos para o Judiciário, o que implicaria um enfraquecimento e, portanto, um retrocesso quanto às garantias democraticamente formais conquistadas historicamente.

Por outro lado, desta conquista histórica não pode resultar uma estagnação que finda por ser, em termos práticos, um igual enfraquecimento e retrocesso da democracia, sendo oportuno o alerta de Canotilho (*in* COUTINHO, 2003, p. 30-31) quanto à transmudação das esferas de poder no contexto da globalização neoliberal, que estabelece níveis privados de governança[70], com forte impacto nas regulações econômicas, destituídos de quaisquer controles:

---

[68] O autor utiliza uma "situação" que ilustra bem sua explanação: "Após perderem diversas batalhas políticas (no Congresso) no sentido de limitar o uso de tabaco, a política pública com relação ao setor parece estar se alterando em razão de ações judiciais propostas pelos 18 Procuradores-Gerais de diversos Estados americanos que agora chegaram a um acordo no valor de 206 bilhões de dólares a serem pagos nos próximos 25 anos. A matéria critica o fato de que o uso das ações como meio de pressionar os produtores constitui-se em mecanismo não transparente e não democrático para a elaboração de políticas de governo" (idem, p. 559).
Também ilustra bem esta mutação nas esferas de decisão – utiliza-se a expressão mutação, e não simplesmente transferência – o filme O Júri. Neste filme, o advogado de uma viúva, cujo marido faleceu num destes inexplicáveis *mass murderes* dentro da empresa em que trabalhava, litiga contra a indústria fabricante da arma utilizada para matar a vítima. Claramente, a disputa era de cunho político. O advogado, interpretado por Dustin Hoffman, esclarecia ao júri que aquela seria uma condenação inédita, a partir da qual *a violência no país passaria a ser um problema da indústria armamentista*. A discussão dos jurados não deixou passar em branco o caráter predominantemente político que sua decisão assumiria, consistindo nisto o seu principal dilema.

[69] O termo "absoluto" é indispensável, uma vez que, em sendo também política a atividade judicial decisória, não há como vislumbrar-se (ou tampouco desejar) uma separação estanque entre as duas esferas.

[70] O documentário *A Corporação* aborda o problema da governança privada e da falta de controle sobre as corporações, indicando o quanto os direitos fundamentais foram sendo, aos poucos, subvertidos em direitos à serviço das "pessoas jurídicas" (ACHBAR; ABBOTT; BAKAN, 2003).

> Podemos estar a ser hipócritas quando, em nome de políticas neo-liberais, defendemos a democracia. Não estamos a pensar em democracia, estamos a pensar numa *governança privada* a nível mundial. A experiência histórica mostra que o poder político foi democratizado, o poder político foi domesticado, o poder político foi e é controlado. Mas nunca vimos que houvesse controle democrático da *governança privada* em termos econômico-internacionais.

Os índices de marginalização e exclusão social e de concentração da riqueza[71] não admitem o conformismo, mormente quando constitucionalmente (e mesmo supranacionalmente) reconhecidos os direitos sociais básicos à existência digna: a impossibilidade de fruição dos direitos sociais mais elementares é, por si só, a maior ameaça à democracia.

O desafio que um *ativismo judicial democraticamente responsável* impõe é o de, em não abrindo mão das conquistas históricas, tampouco entregar-se à estagnação, ou seja, se não se quer retroceder em relação às conquistas da democracia formal, igualmente não se quer deixar de caminhar progressivamente para uma democracia substancial.

O ativismo judicial democraticamente responsável pressupõe a postura *dialética* que coloca a *própria atividade judicial como objeto de ponderação do juiz*, que deve questionar a adequação da seara judicial como arena de solução dos conflitos em pauta (vez que tal análise deve dar-se sempre em concreto e não abstratamente), norteado, porém, pela imposição constitucional de realização gradual e crescente dos direitos que caracterizam o Estado de Direito democrático. Recusa-se, de um lado, a *absoluta* obliteração das instâncias legislativas e administrativas e, de outro, recusa-se igualmente a utilização – equivocada – do mote da

---

[71] De acordo com o Atlas da Exclusão Social no Brasil, 41,6% dos municípios brasileiros possuem o menor Índice de Exclusão Social registrável (0.0 a 0.4), sendo os piores resultados apresentados nas regiões Norte e Nordeste (POCHMAN; AMORIM, 2003, p. 25). Por outro lado, no Atlas destinado ao estudo dos ricos no Brasil, afirmam: "Tem sido marcante no Brasil a inalteração do jogo distributivo, mesmo quando se trata do aparecimento de novos jogadores e da mudança do perfil de geração e apropriação da riqueza" (POCHMAN; AMORIM, 2004, p. 25), verificando-se que a participação dos 10% mais ricos na riqueza total do país era de 75,4%, no final da década de 90, havendo que constatar também que este percentual mostrou-se sempre *crescente* no período entre o final do século XIX até o final do século XX (POCHMAN; AMORIM, 2004, p. 28).

separação dos poderes para engessamento do papel do juiz na construção – interdependente – da sociedade e do Estado desenhados pela Constituição.

Sem dúvida, pode contribuir decisivamente para a solução deste desafio a existência de um *direito processual constitucionalmente adequado*, que possa estruturar as tutelas conforme os efeitos que decorrem especificamente de cada direito social em jogo, especialmente quanto ao controle das omissões administrativas, bem como o controle judicial do orçamento público.

Por outro lado, há que se dizer que, aqui também, não se está diante do tudo ou nada: a própria atividade judicial é, ela também, objeto de ponderação: a ponderação que se deve estabelecer entre, de um lado, o grau zero de garantia dos direitos sociais e, de outro, o deslocamento do processo de escolha da destinação dos recursos públicos, que devem atender aos direitos sociais a partir de premissas universais, e não particulares, para o Judiciário.

Nenhuma das duas alternativas extremas é desejável. A ponderação acerca da própria atividade judicial deve conduzir a soluções intermediárias que recusem a ineficácia dos direitos sociais no plano judicial permitindo a concretização destes direitos com o máximo de respeito à visão global e à determinação democrática das políticas públicas. Finalmente, apresentam-se quatro argumentos favoráveis à proposta de um *ativismo judicial democraticamente responsável*:

O primeiro é o de que o Judiciário não pode suprimir ou substituir a esfera de conformação das escolhas políticas inerentes ao legislador no Estado democrático. Entretanto, esta não supressão do “espaço próprio” do legislador (ANDRADE, 2004, p. 388) não pode ser traduzida em termos de inoperância e ineficácia total dos direitos sociais. Como se disse, a função específica do Judiciário, em razão da qual o poder estatal lhe é conferido, é a de assegurar a exeqüibilidade dos direitos, em clima de interdependência e não de independência

de poderes (GRAU, 2001, p. 330-331). É só quando o sistema de freios e contrapesos funciona que se pode efetivamente falar em separação de poderes.

O segundo é o de que não se admite *omissão abusiva* dos poderes públicos (ALEXY, 1997, p. 422; BÖCKENFÖRDE, p. 66), razão pela qual caberá sempre, ao menos, a o controle das omissões legislativas e o controle das omissões administrativas, nos casos em que a abusividade da omissão ficar demonstrada (razão que propugna, uma vez mais, para que tal análise seja sempre em concreto e não abstrata).

O terceiro argumento é o de que, em havendo um *direito processual constitucionamentel adequado*, e tutelas adequadas a tornar acionáveis cada um dos efeitos que podem decorrer das normas de direito social, em cada caso concreto (sem converter toda e qualquer pretensão de direito material em direito subjetivo a ser reclamado no esquema tradicional individual conhecido), as chances de um ativismo desmedido decrescem muito.

O quarto é o de se reconhecerem posições jurídicas exigíveis em caso de preservação do *mínimo existencial*, a fim de preservar também o "espaço próprio" dos cidadãos e também para salvaguardar o Estado constitucional, cujo *proprium* justamente é a existência de um tribunal constitucional que fiscalize a vinculação das normas constitucionais. Não se esqueça que o controle jurisdicional de constitucionalidade chega a ser qualificado como "coluna de sustentação do Estado de direito" (BONAVIDES, 2006, p. 301) e que o marco definitivo do Estado constitucional é precisamente a existência de um procedimento efetivo de controle de constitucionalidade das leis ou, de forma mais ampla, do controle do poder em geral (SANCHÍS, 1998, p. 33).

1.4. Ulisses e Penélope retomam o pacto: argumentos finais pela exigibilidade dos direitos fundamentais sociais

Como considerações finais deste capítulo, alguns pontos enfatizados receberão novo destaque. Inicialmente, os direitos sociais no Brasil são, pela estrutura constitucional que lhes foi dada – e pela inafastável análise consoante a ordem constitucional positiva que se deve manter – fundamentais. Disto resulta sua aplicabilidade imediata, no que for cabível. Embora nem sempre se possam exarar posições exigíveis subjetivas, inclusive pelo caráter programático das normas, sempre haverão posições exigíveis imediatas, que devem ser auferidas da análise do direito concretamente.

Por outro lado, a própria programaticidade das normas não pode ser entendida como mera direção para o futuro sem poder vinculante do presente. Estas também são vinculativas, com todas as conseqüências que se possam disto retirar.

Assim, uma classificação dos efeitos das normas de direito social torna-se imprescindível, pois a partir dela poder-se-ão estruturar as tutelas adequadas a uma efetiva defesa do direito social em cada situação concreta, sendo, pois, a base para construção de um direito processual constitucional adequado.

Resulta daí também que a tradução da exigibilidade dos direitos sociais não pode incorrer no equívoco de traduzir-se sempre em exigibilidade individual dentro modelo subjetivista de matriz liberal, o que deve conduzir, igualmente, a uma revisão da dupla dimensão dos direitos fundamentais, nos termos dicotômicos em que hoje se apresenta, dada a insuficiência do modelo.

Os direitos sociais são necessariamente direitos mais complexos quanto à sua concretização; porém, as dificuldades inerentes à sua realização são potencializadas e aumentadas, em virtude do invólucro ideológico conferido ao tema.

A esta conclusão nos conduz a análise objetiva da densidade normativa das normas de direitos fundamentais como um todo, em que a abertura textual é apontada como

característica própria a todas as normas, não se retirando, entretanto, as mesmas conseqüências da vaguidade textual das normas de direitos fundamentais, conforme se tratem de normas de direitos de liberdade ou de direitos sociais.

O mesmo se diga em relação aos custos envolvidos para implementação e manutenção dos serviços públicos necessários à concretização do direito. Como foi demonstrado, também os direitos de liberdade implicam serviços públicos que envolvem alocação de recursos de grande porte, e implicam necessariamente prestações fáticas positivas – sem as quais não se realizariam –, sem que isto lhes seja oposto como argumento a impedir sua eficácia.

Isto demonstra que, embora os direitos sociais possuam dificuldades à sua concretização que são inerentes à sua estrutura, verificam-se estas mesmas dificuldades em sede dos direitos de liberdade, inclusive no mesmo grau, em alguns casos, sem que, entretanto, estas dificuldades sejam opostas como argumentos a diminuir sua carga eficacial, donde resulta a conclusão de que, em sede de direitos sociais, as dificuldades de concretização dos direitos são potencializadas em nível ideológico.

Finalmente, embora o princípio da reserva do possível seja apto a limitar a eficácia de um direito social, é necessário revisar conceitualmente tal princípio, em vista de ser o mesmo resultado de um Direito Constitucional comparado equivocado e falacioso. Para delimitação dos efeitos deste princípio, deve ser levada em consideração, em especial, a razoabilidade do pedido, que não pode ultrapassar o que razoavelmente se pode esperar do Estado. Igualmente, e mais importante, a reserva do possível não pode ser invocada como *recurso hermenêutico apriorístico de cunho místico*, que parte da premissa abstrata de que os cofres públicos não podem arcar com os custos da realização de um dado direito.

Finalmente, acerca da reserva do legislador e da justiciabilidade dos direitos sociais, entende-se que o valor dos bens em jogo não autoriza leitura bipolarizadora e maniqueísta do conflito, exigindo uma postura dialética do jurista.

Defende-se, assim, uma proposta de *ativismo judicial democraticamente responsável*, respeitando-se a premissa de que o Judiciário não pode suprimir ou substituir a esfera de conformação das escolhas políticas inerentes ao legislador democrático, ao mesmo tempo em que não pode esta premissa ser traduzida em termos de inoperância e ineficácia dos direitos sociais.

Assim, reconhecida a normatividade dos direitos sociais e sua vinculação, mesmo em relação às normas programáticas, deve ser reconhecida sua justiciabilidade, sob pena de contradição em termos, de transformarem-se os mesmos em simples declarações políticas vazias de eficácia jurídica. A recusa da justiciabilidade significa a ideológica potencialização das dificuldades inerentes à concretização dos direitos sociais, traduzidas como *desautorização genérica e apriorística*, o que é de todo inaceitável, por implicar a negação do mais básico direito fundamental, o acesso à justiça, e, ainda, tendo em vista que as impossibilidades de concretização de um direito social, jurídicas ou fáticas, devem ser demonstradas em juízo.

Permitir-se que as premissas constitucionais vinculantes dependam exclusivamente do juízo de oportunidade e conveniência do poder estatal devedor da prestação, sem nenhum controle dos demais poderes estatais, ao contrário de consagrar a separação de poderes, implica o rompimento deste princípio, pelo desfazimento do sistema de freios e contrapesos.

Como visto, reconhecer no plano discursivo a normatividade e a vinculação dos direitos sociais sem fazer acompanhar este reconhecimento da sua exigibilidade é o mesmo que fez Penélope, frente a Ulisses, recusando-se a recebê-lo como Rei e esposo, em nome de sua fidelidade, em razão dos trajes que usava. Embora de fato os direitos sociais tenham

complexa concretização e dificuldades que lhes são inerentes, o principal obstáculo ao reconhecimento de sua exigibilidade é o ideológico.

Despidos dos “andrajos ideológicos”, os direitos sociais devem alçar o reconhecimento de sua juridicidade e exigibilidade, retomando o pacto constitucional, tal como Penélope enfim reconhece o esposo e “com delícias ambos do antigo toro o pacto repetiram” (HOMERO, 1996, p. 378, versos 223 e 224).

CAPÍTULO II:
ESPECIFICIDADES DA EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: CO-TITULARIDADE E OBJETIVIDADE

> Protesto! – gritou Settembrini, enquanto o seu braço teso estendia ao anfitrião a xícara de chá. – Protesto contra a insinuação de que o Estado moderno signifique a servidão diabólica do indivíduo! Protesto pela terceira vez, contra aquela alternativa vexatória entre o prussianismo e a reação gótica, diante da qual o senhor nos quer colocar! A democracia não tem outro sentido a não ser o de um corretivo individualista de toda forma de absolutismo do Estado. A verdade e a justiça são as jóias da coroa da ética individual, e no caso de um conflito com os interesses estatais talvez até assumam a aparência de potências inimigas do Estado, posto que, em realidade, visem o seu bem superior, o bem supraterreno. O Renascimento como origem da idolatria do Estado! Que lógica mais bastarda!
>
> THOMAS MANN. *A Montanha Mágica*.

Na obra de Ts'ui Pen, todos os desfechos ocorrem;
cada um é o ponto de partida de outras bifurcações.
BORGES. *O Jardim dos Caminhos que se Bifurcam*, conto do livro *Ficções*.

2.1. Repensar as categorias em torno aos direitos sociais: o Livro dos Seres Imaginários?

Quando Jorge Luis Borges escreveu o Manual de Zoologia Fantástica, fez incluir um seu Prólogo que resultou sendo o Livro dos Seres Imaginários (BORGES, 2004), no qual descreve as mandrágoras, o asno de três patas, o monstro aqueronte, a raposa chinesa, o grifo e o hipogrifo, os animais esféricos e metafísicos, entre outros seres imaginários. Este livro inspirou muitos outros[72], por destacar quão próximos podem estar os seres reais e imaginários, proximidade esta que se dá pela construção pela palavra.

[72] Sendo o mais célebre deles As Palavras e as Coisas, de Michel Foucault: "Esse texto de Borges fez-me rir durante muito tempo, não sem um mal-estar evidente e difícil de vencer. Talvez porque no seu rastro nascia a suspeita de que há desordem pior que aquela do incongruente e da aproximação do que não convém; seria a

Longe de se pretender analisar a riqueza da obra de Borges, esta é tomada de empréstimo apenas para permitir um questionamento inicial sobre o valor do presente estudo. Quando o saber jurídico é tão plenamente permeado e mesmo, em alguns casos, norteado pela ocupação em conceituar os fenômenos jurídicos, ao ponto, até, de se perderem os referenciais em que se basearam em primeiro lugar, por excesso – quiçá – de ensimesmamento conceitual[73], há que se perguntar qual o valor de uma empreitada que objetive mais do mesmo, ou seja, nova proposta de reformulação de conceitos.

Afinal, muitas vezes discutir conceitos pode significar perder-se em uma discussão semântica, voltada a satisfazer impulsos nominalistas. Ao assumir a proposta de discutir a adequação da categoria de direito subjetivo para tratamento dos direitos fundamentais sociais, este trabalho procura fugir de uma abordagem meramente semântica, para adotar um posicionamento questionador face à base sobre a qual se estrutura a sistematização dos direitos fundamentais sociais no momento de sua aplicabilidade: o Estado liberal de cunho individualista.

A crítica à categoria do direito subjetivo que daí exsurge é, portanto, a crítica à paradoxal relação entre o direito subjetivo calcado no interesse individual e o direito social calcado na solidariedade, pois, em regra, quando se discute a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, discute-se se estes são ou não aptos a gerar direito subjetivo. Assim, a discussão acerca da eficácia dos direitos sociais limita-se (ou delineia-se, no plano teórico e ideológico) ao direito subjetivo.

Partindo do suposto de que esta delimitação epistêmica não é suficiente para a construção teórica de um arsenal conceitual voltado à eficácia dos direitos sociais é que se entende ser justificado debruçar-se sobre uma ocupação conceitual, orientada que está a

---

desordem que faz cintilar os fragmentos de um grande número de ordens possíveis na dimensão, sem lei nem geometria" (FOUCAULT, 2002, p. XII).

[73] Tome-se como exemplo a categoria que vai ser aqui analisada: direito subjetivo, contra qual opõem-se (uma vez que a pretensão de exclusividade da justeza estabelece uma verdadeira contraposição de saberes) os conceitos de poderes, potestades, competências e outros.

contribuir para mais do que um catálogo de nomes de seres imaginários – o que, no caso de uma ciência jurídica e muito distintamente da literatura de Borges, nada poderia ajuntar.

Embora não se pretenda aqui delinear um "correto e final" arcabouço dos *conceitos instrumentais* aptos a permitir a eficácia dos direitos sociais, pretende-se estabelecer uma *estruturação instrumental* possível que, se não tenha a vantagem de arvorar-se definitiva, traga o benefício de estremecer conceitos que se tornaram, por sua excessiva utilização, inquestionáveis[74].

Neste ponto, talvez seja o caso de se trilhar o caminho de Swann e de se perquirir sobre o quanto o hábito determina a certeza[75].

O alcance desta empreitada atinge não só o plano da Teoria do Direito. Acredita-se, ainda, que a discussão sobre a inadequação do enquadramento dos direitos sociais no rol dos direitos individuais de matriz liberal e individualista tem repercussões no plano processual, seja para a compreensão da legitimidade processual como para estudo das tutelas aptas à defesa dos direitos sociais.

Aqui há um outro ponto a merecer ressalva: a previsão legal da plena tutela coletiva dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos não superaria a necessidade desta discussão conceitual? Mais uma vez, a resposta parece ser a de que a necessidade de revisão conceitual segue sendo indispensável. Ainda que no plano processual tenha-se encontrado plena guarida à tutela coletiva dos direitos, a possibilidade de sua defesa em sede jurisdicional não responde ao fato de que os direitos sociais seguem sendo vistos como individuais (e não transindividuais).

Afora os problemas propriamente conceituais que daí decorram, resta também o fato de que, embora seja possível a defesa coletiva dos direitos sociais, a compreensão individual

---

[74] Sem pretender recair, igualmente, no que Marcelo Neves chama de "modelo tradicional de crítica a teorias consolidadas em forte arsenal conceitual" (NEVES, 2006, p. XVIII).

[75] "A imobilidade das coisas que nos cercam talvez lhes seja imposta por nossa certeza de que essas coisas são elas mesmas e não outras, pela imobilidade de nosso pensamento perante elas" (PROUST, 1993, p. 12).

destes direitos conduzirá – e de fato tem conduzido – à priorização da defesa individual dos mesmos, sobrepujando-se a defesa coletiva que, embora *possível*, acaba sendo – erroneamente – tratada como *indesejável ou preterível*. Ninguém se engane com a aparente singeleza desta observação. Há significativas conseqüências práticas, para além das teóricas, que decorrem da priorização do tratamento individual dos direitos sociais, tal como o impacto de uma decisão judicial isolada sobre um serviço público de caráter social, voltado ao atendimento de uma comunidade.

Além disto, o conteúdo do presente capítulo é também premissa teórica logicamente anterior ao capítulo seguinte, no qual se analisará a proposta de um Direito Processual constitucionalmente adequado à eficácia dos direitos fundamentais sociais, entrelaçando-se os conceitos propostos na seara material com aqueles a ser desenvolvidos na seara processual.

Esta escolha justifica-se, então, porque descuidar da conceituação dos direitos sociais em nível processual implica, em última análise, descuidar da questão do acesso à justiça. E, enfim, ao acesso à justiça conduzem todas as discussões acerca da exigibilidade e da justiciabilidade desenvolvidas anteriormente, pois sem o primeiro restam as últimas esvaziadas de significado.

Assim, como o mote central e convergente de todo o trabalho é a eficácia dos direitos fundamentais sociais, a introdução deste capítulo não pode dar-se por acabada antes da observação que se impõe: uma leitura parcial e descontextualizada de trechos do texto poderia levar o leitor a conclusões que absolutamente não se assumem, quais sejam, a de que os direitos sociais não são passíveis de exeqüibilidade.

É por este motivo que se faz desde logo a advertência de que a leitura das partes deve estar conectada à leitura do todo, a fim de se compreender as posições aqui defendidas. Não se está assim a solicitar a aceitação de um leitor passivo e benévolo, mas a alertar para que o leitor – atento e crítico – não caia em armadilhas de uma leitura fácil.

2.2. Os direitos fundamentais sociais são mesmo sociais: notas acerca de sua (co) titularidade

2.2.1. Os direitos sociais como asseguramento da liberdade fática

A busca da legitimação dos direitos sociais (sobremodo na Alemanha, onde pairava discussão acerca de sua fundamentalidade), tendo em vista a tendência a enquadrar-se o novo e desconhecido ao velho e conhecido[76], ecoou (ou escoou) no pilar maior das promessas da modernidade: a liberdade.

Assim, apesar de os direitos civis e políticos de primeira dimensão e os direitos sociais, econômicos e culturais da segunda dimensão contenham em si um paradoxo, o de que os primeiros visam a limitar o poder do Estado, ao passo que os segundos visam a ampliar este mesmo poder (LAFER, 1988, p. 128-129), resultam ambos equiparados no tratamento que lhe é dado pela doutrina.

Isto se dá porque, embora historicamente os direitos sociais sejam associados à bandeira de igualdade – içada também à época do surgimento do ideário liberal, mas obscurecida em razão da hipertrofia da máxima da liberdade – *é à liberdade a que se recorre ao buscar-se a legitimação necessária à configuração da fundamentalidade dos direitos sociais*.

Daí falar-se que os direitos sociais representam uma garantia da liberdade, chamada então, entre outras denominações, de liberdade fática (ALEXY, 1997, p. 486 e ss.), liberdade igual (CANOTILHO, 1999, p. 450), liberdade material concreta e liberdade social (SARLET, 2001, p. 51-52), liberdade solidária e liberdade segura (PECES-BARBA, 2006, p. 155-156),

---

[76] Marcel Proust, *À Sombra das Raparigas em Flor*, descreve o hábito como a necessidade de reconhecermos no novo o velho, fazendo referência ao fato de que as situações novas, por serem novas, deixam-nos destituídos de nossas velhas qualidades, por não sabermos aplicá-las a situações às quais não estejamos acostumados.
Esta passagem da obra de Proust simboliza bem um tópico que será recorrente neste trabalho: o da necessidade de domesticar o novo, compreendendo-o a partir e de acordo com o velho (PROUST, 1993).
Também Marx em O Dezoito Brumário, com atualidade sempre notável, alerta e ensina: "Os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado. A tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos" (MARX, 1997, p. 21).

liberdades públicas de igualdade (PEREZ LUÑO, 2003, p. 215), liberdade real (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 74), etc.

Nesta visão, enfatiza-se o fato de que a liberdade jurídica não pode carecer da possibilidade fática necessária à escolha, ou seja, pressupõe que o direito de liberdade não tem valor algum se destituído de pressupostos fáticos que lhe permitam o uso (ALEXY, 1997, p. 486-487).

Ainda nesta linha, afirma-se que os direitos sociais revelam-se "uma transição das liberdades formais para as liberdades materiais concretas" (SARLET, 2001, p. 51), "que tornam reais direitos formais" (LAFER, 1988, p. 127) ou que "não se cuida apenas de ter liberdade em relação ao Estado (*Freiheit von*...), mas de desfrutar essa liberdade através do Estado (*Freiheit durch*...)" (MENDES, 1999, p. 46)[77].

Não é, para muitos autores, contraditório o fato de que a igualdade vise a assegurar a liberdade[78].Aliás, é mesmo enriquecedor vislumbrar ambos princípios como interpenetráveis (SARLET, 2001, p. 261-262).

Também é neste sentido a afirmação de que se os direitos econômicos e sociais pressupõem os direitos de liberdade, também as liberdades e garantias ligam-se a "*referentes* económicos, sociais e culturais" (CANOTILHO, 1999, p. 450).

É importante notar, porém, ser diferente dizer que direitos de distintos grupos são interpenetráveis, de um lado, e estabelecer-se uma pretensa hierarquia em que os direitos sociais somente existiriam para assegurar os direitos de liberdade, o que poderia vir a

[77] Ao alinhar as citações de diversos autores sobre certas classificações inicialmente coincidentes, não se iluda o leitor com vindouras coincidências no plano das conclusões. Estas, em alguns casos (como este, aliás) não virão...

[78] "Durante séculos, a disputa na filosofia política centrou-se na questão de se a liberdade e a igualdade são valores opostos ou idênticos, com os "direitistas" argumentando que a igualdade mata a liberdade, e os "esquerdistas" replicando que a liberdade real requer a igualdade" (KOLM, 2000, p. 584).

significar uma indesejada concepção de secundariedade dos direitos sociais em relação aos direitos de liberdade[79].

A história do constitucionalismo demonstra seu entrelaçamento com o liberalismo político e econômico, razão pela qual, se quer crer, o princípio liberal é implicitamente alçado à posição superior.

Daí dever ser cautelosa toda redução dos direitos sociais às máximas da liberdade.

Não há que esquecer que o liberalismo engloba o liberalismo político e o econômico, centrado sobre uma economia capitalista[80], ao passo que, por outro lado:

> Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da "sociedade burguesa" são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em A Questão Judaica) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem 'egoísta' e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do 'homem total' (CANOTILHO, 1999, p. 361).

O desejável entrelaçamento dos temas não pode, portanto, ignorar esta contradição de fundo.

Além disto, o tratamento deste tema poderá repercutir também na questão acerca da titularidade dos direitos sociais, que tenderá, conforme se valorize um ou outro princípio, a ser considerado individual ou social.

Esta é a razão pela qual se entende deva ser enfatizada sua distinção, a despeito da complementaridade que há entre ambos.

---

[79] O primado dos direitos de liberdade em relação aos sociais é, em regra, reconhecido de forma tácita e implícita. Parece, entretanto, mais acertado que este reconhecimento dê-se explicitamente, como faz, por exemplo, Sérgio Moro. O autor, reconhecendo a dicotomia entre liberalismo e igualitarismo, *explicita* a posição de preferência dada a um rol limitado de "liberdades básicas". Ainda que fazendo coro com os demais autores para afirmar não haver incompatibilidade entre as liberdades básicas e os direitos sociais, uma vez que as primeiras nada significam sem as segundas (MORO, 2004, p. 271), o autor expressamente atribui uma posição preferencial às liberdades básicas, nomeando-as: liberdade de expressão, direito à informação e direito de participação. O autor prossegue, entretanto, expondo casos em que os direitos sociais ocupariam posição preferencial em relação a outros direitos de liberdade (MORO, 2004, p. 271-294). Parece correta esta postura: ao explicitar a hierarquia que em outros é implicitamente pressuposta, dá margem à avaliação crítica da escolha metodológica.

[80] "Se a sociedade burguesa fornecia o substrato sociológico ao Estado constitucional, este, por sua vez, criava condições políticas favoráveis ao desenvolvimento do liberalismo económico" (CANOTILHO, 1999, p. 105).

Afinal, não se pode ignorar, como lembra José Eduardo Faria, que a principal característica dos direitos sociais reside no fato de que eles foram "forjados numa linha oposta ao paradigma kantiano de uma justiça universal, foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem" (FARIA, 2002, p. 105).

Assim, embora a interpenetração dos princípios da liberdade e da justiça social seja, efetivamente, necessária e desejável – uma vez que a história demonstra quão nefastas são as conseqüências da separação estanque entre estes dois princípios – razão pela qual, inclusive, fala-se hoje em promoção da "egaliberté"[81-82] –, parece que a melhor solução, para fins de determinar a titularidade dos direitos sociais – tema que repercute também na legitimação para agir – é compreender que os mesmos são proeminentemente marcados pelo princípio da justiça social – com conseqüente superação do marco individual do "sujeito de direito".

2.2.2. Os direitos fundamentais sociais são mesmo sociais: uma contribuição feminista para compreensão de sua titularidade

O fato de terem os direitos fundamentais origem nos ideais liberais e iluministas do século XVIII, determinou sua vinculação quase indissociável aos conceitos jurídicos de tradição liberal, individual e positivista, uma vez que "direitos inatos, estado de natureza e contrato social foram os conceitos que, embora utilizados com acepções variadas, permitiram a elaboração de uma doutrina do Direito e do Estado a partir da concepção individualista de sociedade e de história" (LAFER, 1988; p. 38)[83].

---

[81] A expressão cunhada por Étinne Balibar "egaliberté" enfatiza o quão imbricados devem estar os dois princípios, a fim de formarem uma realidade só.

[82] Entretanto, temos acompanhado atônitos o quanto o princípio da justiça social tem sido violado pelas políticas neoliberais de flexibilização dos direitos e minimização do Estado – minimização tão-só em relação à sua intervenção social, pois a intervenção estatal na seara econômica não apenas não diminuiu, como cresceu consideravelmente – num movimento assustador de desfazimento do pouco constituído pela modernidade tardia brasileira. Sobre isto, recomenda-se a leitura de: ANDERSON, Perry. *Balanço do Neoliberalismo*, 1996.

[83] Muito embora se possa dizer, com Mauro Cappelletti, que "Aquilo que acima de tudo parece caracterizar os direitos fundamentais é o fato de que estes, os quais são usualmente atribuídos ao "homem" e também ao "individuo", são, na realidade, permeados de um valor que transcende o homem singular e investe a sociedade

Talvez seja esta a razão pela qual os direitos sociais enfrentem grandes dificuldades quanto ao reconhecimento de sua juridicidade. Sua ligação ao modelo do Estado de Bem Estar Social e sua desvinculação do pilar tradicional do direito, o indivíduo, torna-o "platônico"[84] para a maior parte dos juristas.

O problema maior na compreensão dos direitos sociais reside, então, principalmente *no fato de que eles são sociais* e não individuais; eles transcendem o liberal-individualismo e, conseqüentemente, a idéia de sujeito de direito, rompendo com a matriz teórica na qual foram erguidos os conceitos que, malgrado o reconhecimento (nominal) de sua superação, continuam servindo de referencial ao modo-de-ver-o-mundo jurídico. Com razão aponta Lenio Streck que a idéia de constituição compromissário-programática constitui-se em um *rompimento radical* com o paradigma constitucional de índole liberal-individualista, calcado na "filosofia-do-sujeito-proprietário de mercadorias":

> A idéia de Constituição voltada para o resgate das promessas da modernidade, redefinitória, portanto, da noção de Direito até então vigorante, constitui-se como um contraponto a uma lógica da coisificação, própria de um modelo de Direito sustentado no mercado, onde assume prevalência o individualismo. Esse individualismo (o indivíduo comporta-se como átomo jurídico-político) assenta-se na categoria "sujeito de direito", na idéia de *homo juridicis* e *homo economicus*, que se engendra a partir da fusão do paradigma liberal-individualista com o paradigma da filosofia da consciência (STRECK, 2004, p. 122-123).

Ora, se os direitos de liberdade caracterizam-se por ser "talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade" (BARROSO, 2002, p. 101), pelo seu "radical subjectivo", por serem "direitos com *referência pessoal ao homem individual*" (CANOTILHO, 1999, p. 374), ao passo que os direitos sociais "marcam a superação de uma perspectiva estritamente liberal, em que se passa

---

como um todo" (1974, p. 1-2) [Quello que piú di tutto sembra caratterizzare i diritti fondamentali è il fatto che essi, i quali pur usano attribuirsi all' 'uomo' anzi all' 'individuo' (...), sono in realtà permeati di um valore che trascende lo uomo singolo e investe tutta intera società].

[84] A expressão é cunhada por Canotilho: "Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platónica?" (CANOTILHO, 1999, p. 451).

a considerar o homem para além de sua condição individual" (BARROSO, 2002, p. 101), nada justifica que tais diferenças sejam ignoradas a fim de que sejam ambos tratados igualmente dentro da construção jurídica de matriz individualista.

Embora seja mesmo comum entender-se que se tratam os direitos sociais de direitos individuais (SARLET, 2001, p. 52; LAFER, 1988, p. 127; MIRANDA, 2000, p. 106-107), é importante verificar qual o significado dado a esta afirmação. Ingo Sarlet afirma que os direitos sociais reportam-se à pessoa individual, não podendo ser confundidos com direitos coletivos e difusos (SARLET, 2001, p. 52). Jorge Miranda assegura que "poucos direitos serão mais individuais que o direito ao trabalho ou o direito ao ensino" (MIRANDA, 2000, p. 107).

Já Celso Lafer vê os direitos sociais como uma evolução do liberalismo, que passa a abranger direitos não reconhecidos inicialmente, e os descreve como "direitos individuais exercidos coletivamente":

> Com efeito, no caso, trata-se de direitos que só podem ser exercidos se várias pessoas concordarem em utilizar os seus direitos numa mesma e convergente direção – por exemplo, associando-se a um partido político, a um sindicato ou concordando em fazer uma greve. Os direitos individuais exercidos coletivamente incorporaram-se, no correr do séc. XIX, à doutrina liberal, que neles reconheceu um ingrediente fundamental para a prática da democracia e, conseqüentemente, um dado importante na interação entre governantes e governados (LAFER, 1988, p. 127).

Sobre esta citação, duas observações merecem ser feitas: a primeira diz respeito ao fato de que, ao mesmo tempo em que vê os direitos sociais como evolução do liberalismo, reconhece também sua origem socialista, afirmando mesmo ser este "um dos pontos de clivagem que dificultam a convergência política entre a herança liberal e a socialista, no processo histórico de afirmação dos direitos humanos" (LAFER, 1988, p. 129); a segunda, a de que em sua análise dos direitos sociais como direitos individuais exercidos coletivamente, o autor tratou apenas das chamadas liberdades públicas – direito de associação, de greve, etc.

–, ou seja, da dimensão negativa dos direitos sociais, omitindo os direitos primacialmente positivos – direito à saúde, à educação, ao trabalho, etc. – que melhor lhes caracterizam e cuja dimensão social sobressai à individual, como se quer demonstrar.

É, ainda, interessante que descreva os direitos de segunda dimensão como direitos que impedem "a invasão do *todo* em relação ao *indivíduo*, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho" (LAFER, 1988, p. 127-128). Note-se que o autor confere abordagem peculiar (e justa) sobre o ponto. Em regra, fala-se que a falta das liberdades, própria dos regimes totalitários – e há que se lembrar que nesta obra o professor paulista dialoga com Hannah Arendt sobre a ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos – enseja sempre uma invasão do todo em relação ao indivíduo.

Mas o que parece ter sido enfatizado é que a um indivíduo a quem não são dadas as condições reais mínimas de desenvolvimento de sua personalidade tem também sua esfera individual invadida, uma vez que perde sua dignidade. Não é à toa, aliás, que a dignidade da pessoa seja o alicerce de toda a construção dos direitos fundamentais, sejam de liberdade, sejam sociais.

Então, mais uma vez, há que se destacar a complementaridade entre os princípios de liberdade e igualdade, e mesmo sua fusão em um só ideal não meramente simbólico, mas também normativo, a *egaliberté*. Porém, como se disse anteriormente, a complementaridade dos dois princípios não deve impedir de analisar a especificidade de cada um, a fim de permitir sua maior eficácia, tanto tomados isolada como complementarmente.

Assim, há que se discordar de que a titularidade dos direitos sociais seja individual ou mesmo de que seja individual exercida coletivamente. E isto porque, mesmo que se aceite pensar em um titular individual do direito social, há que consignar desde logo que o indivíduo que se arroga titular do direito social não é o mesmo indivíduo forjado pela matriz liberal,

atomizado e isolado, e o direito cuja titularidade arroga é também, com ele e ao mesmo tempo, dos demais indivíduos, *co-titulares e coimplicados* na relação jurídica social.

Ora, os serviços públicos caracterizadores dos direitos sociais não foram formulados para ser desfrutados isoladamente. Foram formulados para ser desfrutados por toda coletividade, não pela lógica da *exclusão*, mas pela lógica da *inclusão*.

Há que lembrar, acrescente-se, que a falta dos serviços públicos configuradores dos direitos sociais não remete a uma invasão do indivíduo, mas a uma invasão da coletividade, que sofre *igualmente* com a falta do cumprimento das disposições constitucionais sociais.

Naturalmente que numa sociedade em que os direitos sociais são respeitados e todos têm acesso aos serviços públicos básicos, tais como educação e saúde, cada indivíduo goza das condições necessárias ao desenvolvimento da sua personalidade (sem exclusão do mesmo gozo pelos demais).

Entretanto, isto não legitima cada indivíduo a exigir do Estado condições sociais para desenvolvimento de sua personalidade *isoladamente*, quer dizer, à exclusão de todos os demais. Tais direitos foram, de fato, desenvolvidos para atender toda coletividade, respeitando-se os princípios que norteiam o atendimento aos serviços públicos, vale dizer, *universalidade e impessoalidade* (LIMA LOPES, 2002, p. 131).

Não se quer com isto dizer, é claro, que um indivíduo que pela falta de um serviço público corra o risco de perder sua dignidade não possa, individualmente, pleitear um direito social alegando ser dele titular. Alguém que tem sua dignidade em risco pode e deve alegar a titularidade do direito social necessário à manutenção ou recuperação de sua dignidade. Há que se entender, entretanto, que *tal titularidade individual é meramente residual*, inclusive pelos problemas inerentes ao privilegiamento de um indivíduo isoladamente em detrimento dos demais, quando este obteve uma sentença judicial que os demais, por inúmeras razões, não puderam obter.

A regra, portanto, deve ser a de que a titularidade dos direitos sociais é efetivamente social, razão pela qual se impõe sua proteção na forma social – vale dizer, de forma coletiva, difusa ou individual homogênea –, sem exclusão da possibilidade de haver, residualmente, proteção individual nos casos de ameaça ao mínimo existencial.

Nem se pense que a existência de mecanismos processuais de tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos resolveria, de *per si*, o problema aqui colocado, relativo à sua titularidade. É bem sabido que a relação jurídica processual, autônoma face à material, nada pode criar quanto ao direito material. Da mesma forma, tampouco a existência de técnicas processuais de tutela dos direitos sociais torna despicienda a própria discussão acerca da idéia de titularidade destes direitos. A resolução de problemas processuais não acarreta a solubilidade dos problemas no plano material, e vice-versa, a despeito da necessária adequação entre ambos e da necessária instrumentalização do primeiro face ao segundo.

E para que não se levante a acusação de excesso de academicismo ou teorização, coloque-se uma questão prática fundamental, com a qual têm os tribunais se deparado: é relativamente comum a propositura de demandas individuais calcadas em direitos sociais, demonstrada a ameaça ao mínimo existencial. Como se viu, isto está plenamente de acordo com a compreensão jurídica e normativa dos direitos sociais.

Há, porém, um problema. E o problema está no fato de que quem tem tido o "privilégio"[85] de obter decisões reconhecedoras do direito social no caso concreto está longe de ser a camada pobre da população – em vista da qual os direitos sociais foram instituídos – que, dentre os serviços públicos dos quais está marginalizada, inclui-se o jurisdicional.

Logo, o impacto de uma decisão de cunho individual – e, volte-se a dizer, não se está negando esta possibilidade, mas chamando atenção para sua insuficiência – diante da prestação de serviços públicos de cunho social, num contexto em que os que mais necessitam

[85] As aspas são obrigatórias para fazer a ressalva de que a expressão privilégio só pode ser usada – sem se referir a uma ironia – no contexto de comovente denegação de justiça que marca o quadro de exclusão no Brasil.

destes serviços estão à margem do acesso à justiça, pode agravar um quadro que já é ruim. É de ser dividida a preocupação de José Reinaldo de Lima Lopes:

> Não existindo escolas, hospitais e serviços capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? *Prestá-lo a quem tiver a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera?* Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social (2002, p. 131 – grifou-se).

Também Eduardo Appio (2007), partindo da idéia de que os direitos sociais são direitos coletivos, demonstra preocupação com o problema da realocação das verbas destinadas a outros pacientes, fadados a sucumbir anonimamente. Mesmo sem endossar as conclusões deste autor, para quem os direitos sociais não são justiciáveis, constituindo-se em dever objetivo do Estado e não em direitos subjetivos dos cidadãos[86], é inegável que alguns argumentos esgrimidos pela doutrina que se opõe à tese aqui defendida devem ser enfrentados sem passionalismos ideológicos.

A transição da concretização constitucional seletiva à plena não se fará pela reprodução às avessas de preconceitos teóricos, pela prévia eleição do "certo" e do "errado" em tema de direitos sociais. Ao contrário, a necessidade de estabelecer-se a concretização constitucional em sua plenitude requer amadurecimento das teses antagônicas dialeticamente desafiadas (o que – repita-se – longe está de significar soluções sincréticas), impondo pensar, sobremodo dogmaticamente, a validade das críticas apresentadas.

Afinal, a errônea compreensão individualista que se faz até mesmo dos direitos sociais implica a virada da natureza dos mesmos ao avesso, tornando-os em mais um direito exclusivista que se dá, literalmente, em detrimento dos demais que não tiveram a mesma sorte. Assim, repita-se: os direitos sociais são mesmo sociais.

---

[86] O autor defende a tese de que os direitos sociais não são direitos subjetivos públicos justiciáveis, e sim um dever objetivo do Estado (APPIO, 2007). Esta perspectiva "impotente" da dimensão objetiva será objeto de crítica posterior.

E se, como afirma Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 29), interesse social é "aquele que consulta à maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que a sociedade entende por 'bem comum'; o anseio de proteção à *res* publica; a tutela daqueles valores e bens mais elevados (...) poder-se-ia dizer que o interesse social equivale ao *exercício coletivo de interesses coletivos*"; logo, pode-se dizer que os direitos sociais implicam *exercício coletivo de interesses sociais* e não o exercício coletivo de interesses individuais!

Aliás, os direitos sociais redimensionaram a própria discussão acerca da idéia de titularidade de um direito e *deslocaram a esfera da titularidade da individualidade para a sociedade como um todo*, caso que se dá com os direitos difusos.

O cerne de toda a discussão, parece, entretanto, residir em outro lugar. E este é o lugar da inadequação da própria idéia de *titularidade* de um direito, pois a idéia de titularidade remete à de propriedade individual[87].

Ora, se um direito é reconhecido igualmente a todos os cidadãos, então a questão acerca da titularidade é, necessariamente, prejudicada. Esta discussão já tem sido levada a sério na seara do processo civil, quando se invoca a legitimidade processual dos direitos transindividuais. Como afirma Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 89), quando se pensa em direito próprio ou alheio para discutir a natureza da legitimação processual dos direitos transindividuais, raciocina-se a partir de uma visão individualista, com a qual a noção de direito transindividual rompeu. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito próprio ou alheio.

Da mesma forma, assinala Perez Luño (2005, p. 210-211), a integração dos direitos sociais no sistema dos direitos fundamentais contribuiu para redimensionar a própria imagem do "sujeito titular de direitos".

---

[87] "O interesse tornou-se patrimônio do indivíduo e variava segundo as circunstâncias e relações jurídicas e sociais de que participava. O direito de ação é compreendido como propriedade individal e privada" (MACEDO JR., 2005, p. 560).

O que ocorre, porém, é que, ao arrepio do que se tem dito, toda discussão acerca da exigibilidade e tutela dos direitos sociais parece querer sufocar a relevância do debate sobre sua titularidade para desembocar, *de pronto*, na questão de se os direitos sociais geram ou não direito subjetivo. Assim, convém analisar o quanto estas situações foram equiparadas à titularidade de um direito subjetivo, ainda que no viés de direito subjetivo público.

Em regra, parte-se do conceito de direito social para chegar-se ao conceito de direito subjetivo. O "rompimento radical" com a índole liberal-individualista não se configurou no plano conceitual da titularidade dos direitos sociais, que permanece recaindo sobre o velho paradigma do direito subjetivo ou em sua feição de direito subjetivo público.

Igualmente, no plano processual, tal rompimento não encontrou eco. Os esquemas de legitimação para agir permanecem sendo de índole individual. Assim, embora seja amplamente reconhecida a distinção estrutural entre os direitos individuais e sociais, tais distinções entre as duas categorias são ignoradas quando se discute a eficácia das normas de direito social.

Por esta razão, afloram na doutrina exemplos de como a exigibilidade dos direitos sociais foi equiparada à geração de direito subjetivo:

> Os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas (CANOTILHO, 1999, p. 446).

Ou ainda:

> Em todos os direitos a ações positivas do Estado se coloca o problema de saber se e em que medida se pode e se deve impor a persecução dos fins do Estado através de direitos subjetivos constitucionais dos cidadãos (ALEXY, 1997, p. 430)[88].

Igualmente:

[88] "En todos los derechos a acciones positivas del Estado se plantea el problema de saber si y en qué medida se puede y se debe imponer la persecución de fines del Estado a través de derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos".

> De um lado, o *direito subjetivo*, a possibilidade de exigir; de outro, o *dever jurídico*, a obrigação de cumprir. Quando a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor de um particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo *público* (BARROSO, 2002, p. 104).

No mesmo sentido:

> É de ressaltar que os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjetivos pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à sua fruição (KRELL, 2002, p. 49).

Da mesma forma:

> Na qualidade de posições jurídicas, os direitos fundamentais a prestações são direitos subjetivos, se seu titular pode fazê-los eficazes jurisdicionalmente (BOROWSKI, 2003, p. 148)[89].

Também:

> Repetiu-se excessivamente que as normas que estabelecem direitos sociais são apenas normas programáticas, que não outorgam direitos subjetivos no sentido tradicional do termo, ou que não são justiciáveis (ABRAMOVICH; COURTIS, 2003, p. 136)[90].

A partir destes exemplos, pode-se concluir que toda a complexidade e heterogeneidade que o tema de direitos sociais implica findam reduzidas, afuniladas, escoando sempre no direito subjetivo.

Não é prescindível acrescentar, neste ponto, observação sem a qual todo o objetivo deste estudo restaria comprometido: se se pensar numa classificação das normas de direitos sociais dentro de um binômio, qual seja, direitos subjetivos exigíveis *versus* simples imposições constitucionais que não geram exigibilidade, rapidamente se concluirá aqui pela primeira opção, a de que os direitos sociais geram direito subjetivo e são exigíveis.

Entretanto, o que se pretende é justamente consagrar o "rompimento radical" a que anteriormente se fez referência na seara da classificação dos direitos sociais, respeitando sua

---

[89] "En su calidad de posiciones jurídicas, los derechos fundamentales de prestación son derechos subjetivos, si su titular puede hacerlos eficaces jurisdiccionalmente".

[90] "Se ha repetido hasta el hartazgo que las normas que establecen derechos sociales son sólo normas programáticas, que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables".

especificidade social. E a justificação deste intento é a insuficiência teórica e prática daquele binômio, jurídica e politicamente.

Porém, como a maior parte do edifício jurídico e dos conceitos reproduzidos nas escolas de direito ainda baseia-se no indivíduo, é realmente difícil "encaixar" a categoria dos direitos sociais no rol *prêt-à-porter significativo*[91] dos conceitos e institutos de cunho individualista.

Ora, isto remete às memórias de toda criança que brincava de encaixar cubos, triângulos e quadrados. O jogo educativo tem o objetivo de ensinar às crianças que é preciso observar a forma do objeto que se pretende encaixar; é preciso respeitar esta forma; é preciso encontrar uma forma correspondente à qual o objeto encaixe-se. Seria útil, para além de lúdico, que se retomasse tal brincadeira no âmbito do "encaixe" dos direitos sociais num padrão próprio que respeitasse sua natureza e característica social e que não quisesse impô-la – à força, eliminando excessos e deixando lacunas – à outra única forma que se (re)conhece.

Parece que, motivada por imprimir juridicidade – e conseqüentemente eficácia aos direitos sociais – a melhor doutrina buscou adequá-los ao referencial conhecido e apto a significar que aquele direito não cairia no vazio, no mero simbolismo, e este referencial foi justamente o de direito subjetivo. Entretanto, a tradução da exigibilidade dos direitos sociais em direitos subjetivos opera, afinal, uma armadilha: a do tradicional sujeito de direito, isolado e atomizado, que o Estado Social superou.

Reduzir os direitos sociais a direitos subjetivos – ainda que pela bem intencionada disposição de imprimir-lhes eficácia – só pode ter por resultado exatamente o oposto, ou seja, a redução da sua esfera de eficácia, uma vez que os direitos sociais não se enquadram, em regra, aos esquemas dos tradicionais direitos individuais e subjetivos.

---

[91] A idéia de *prêt-à-porter significativo* é de Lênio Streck. Indica as respostas "prontas e rápidas" que a dogmática jurídica disponibiliza ao operador do direito e que são forjadas para resolução acrítica de disputas interindividuais (STRECK, 2001, p. 35).

Antes de buscar sua similitude, sua homogeneidade em relação aos direitos individuais (em relação aos direitos fundamentais de primeira dimensão), é preciso reconhecer sua diferença, sua especificidade, sem lhes privar, em face de seu *proprium*, de sua juridicidade.

Aqui, não há como deixar de lembrar da contribuição das feministas para o pensamento social do século XX e que prossegue pelo século XXI.

Se inicialmente as feministas buscaram o reconhecimento de seus direitos empunhando a bandeira da igualdade absoluta entre homens e mulheres, logo perceberam o caminho equivocado que haviam escolhido. Ao clamar por igualdade, acabaram implicitamente estabelecendo o 'homem' como paradigma e referencial, razão pela qual a masculinização da mulher é o símbolo presente no imaginário coletivo acerca da mulher feminista.

Passado este estágio inicial, as feministas perceberam que a verdadeira luta pela dignidade da mulher não consistia na sua homogeneização em relação ao homem, mas ao contrário, no reconhecimento da especificidade da mulher e na luta pela valorização política e jurídica da diversidade sexual (BONACCHI; GROPPI, 1995, p. 235-261). Daí ter-se transmudado a exigência por igualdade em exigência por eqüidade[92] (MACHADO, 1999, p. 24-28).

Esta exigência de equiparação presente nas políticas feministas, aliás, foi citada por Jürgen Habermas como forma de ressaltar que o gozo dos direitos individuais depende também do exercício conjunto de sua autonomia em relação ao Estado. As políticas feministas evidenciam que a política do direito oscila entre os paradigmas liberal e social e trazem à lume uma "*concepção jurídica procedimentalista*, segundo a qual o processo democrático

[92] Embora a perspectiva da eqüidade tenha recebido críticas das feministas dos países de terceiro mundo, razão pela qual a própria perspectiva de gênero passou a ser, ela também, um fator a ser incorporado nas políticas públicas (MACHADO, 1999, p. 24-28).

precisa assegurar ao mesmo tempo a autonomia privada e a pública" (2002, p. 297)[93], concluindo que "a partir da luta pela igualdade de condições para mulheres, é possível demonstrar de maneira particularmente clara a mudança urgente da compreensão paradigmática do direito" (2002, p. 296).

Enfim, a luta pelo reconhecimento da especificidade do gênero encampada pelas feministas traz uma lição de grande valia para compreensão dos direitos sociais. Ao invés de buscar sua equiparação aos direitos individuais – intentada pela preocupação em se geram ou não direitos subjetivos – mais adequado seria buscar as formas específicas de titularidade e tutela social, sem negar-lhes, pela sua característica social, juridicidade e exigibilidade.

Assim, os direitos sociais não devem ser reduzidos ao modelo tradicional dos direitos individuais; ao reconhecer-se aos direitos sociais exigibilidade, esta não deve ser necessariamente traduzida para o esquema "direito individual/subjetivo", mas deve respeitar a especificidade dos direitos sociais.

Os direitos sociais, portanto, ensejam uma *exigibilidade específica* e sua titularidade é propriamente social. Entretanto, também se reconhece titularidade individual aos direitos sociais, sendo esta, porém, residual.

2.2.3. Da titularidade à co-titularidade: *egaliberté* como princípio dialético para mediação entre individualismo e coletivismo

Impõe-se, neste momento, pensar no *sujeito* cuja titularidade do direito fundamental social reclama. Se este não é sujeito forjado pelo paradigma liberal-individualista, egoísta, que

[93] "Gostaria de demonstrar, a partir das políticas feministas de equiparação, que a política do direito oscila desamparadamente entre os dois paradigmas originais [liberal e social], e que isso perdurará enquanto ela continuar limitada ao asseguramento da autonomia privada, e enquanto se continuar ofuscando a coesão interna entre os direitos subjetivos de pessoas em particular e a autonomia pública dos cidadãos do Estado, participantes da criação do direito. Pois os sujeitos particulares do direito só podem chegar ao gozo das liberdades subjetivas, se eles mesmos, no exercício conjunto de sua autonomia de cidadãos ligados ao Estado, tiverem clareza quanto aos interesses e parâmetros justos e puserem-se de acordo quanto a aspectos relevantes sob os quais se deve tratar com igualdade o que é igual, e com desigualdade o que é desigual" (HABERMAS, 2002, p. 295).

opõe seu interesse contra os interesses dos demais, de forma excludente[94], há que se perguntar então qual é este sujeito.

Pois não há de esquecer, igualmente, que toda a estrutura dos direitos fundamentais reside no primado da dignidade humana.

E, por outro lado, não se quer avivar a dicotomia entre o individual e o coletivo[95], como mais uma discussão inacabada entre Settembrini e Naphta. Transposto o umbral do século XXI, não é de se admitir que ainda restemos, qual um atônito e apático Hans Castorp[96], paralisados diante da velha oposição entre individualismo e coletivismo.

Se o modelo de direito subjetivo não se adequa aos direitos sociais, nem por isto deixa o homem de ser seu fundamento: início, meio e fim da própria idéia de direito fundamental. Tal norte deve ser tornado explícito, porque se acredita ser possível a superação da tensão entre dois modelos tidos por antípodas: o modelo da supremacia do indivíduo em detrimento da coletividade e o modelo da supremacia da coletividade em detrimento do indivíduo. Nem um, nem outro são desejáveis.

A fim de nortear a superação dialética desta indesejável e anacrônica tensão, toma-se como referência a idéia de *egaliberté* desenvolvida por Étienne Balibar. O neologismo tem

---

[94] "O individuo é essencialmente o proprietário de sua própria pessoa e de suas próprias capacidades", devendo compreender-se propriedade como direito e controle exclusivos (MACPHERSON, 1979, p. 275-276).

[95] Para ilustrar este impasse (e suas radicalizações), cite-se a clássica Teoria Política do Individualismo Possessivo, de C. B. Macpherson. O autor britânico demonstra que o individualismo possessivo é o suposto das teorias liberais, de Hobbes a Locke, explicitando a crise teórica decorrente da articulação política da classe operária, que fez ruir as duas premissas do Estado liberal: a inevitabilidade das relações de mercado e a coesão interna das decisões políticas (que antes do sufrágio universal era restrita a uma classe dominante). O dilema da moderna teoria liberal-democrática, explica o autor, é que ela "precisa continuar a usar as suposições do individualismo possessivo, numa época em que a estrutura da sociedade de mercado já não fornece mais as condições necessárias para dedução de uma teoria válida do dever político a partir destas suposições" (1979, p. 286). O problema residiria no fato de que a moderna teoria liberal não reconhece que o individualismo possessivo mantém-se ainda como suposto das teorias do Estado (1979, p. 282). Assim, ou se reconheceria que o individualismo possessivo continuaria sendo o suposto teórico da liberal democracia, dado o necessário entrelaçamento entre o primeiro e a sociedade de mercado possessivo ou se romperia com a última. Um rompimento com o individualismo possessivo somente seria possível com o rompimento com a sociedade de mercado (1979, 287 e ss.).

[96] Naphta, Settembrini e Hans Castorp são personagens do romance homônimo de Thomas Mann, A Montanha Mágica. Enquanto os dois primeiros discorrem, com os melhores argumentos, sobre as melhores soluções para o mundo por quase 500 páginas, a guerra vai consumindo a Europa e o mundo, qual um paciente doente (o romance se passa no sanatório de Berghof, em Davos-Platz). Diante do debate de idéias, Hans Castorp mantém-se apático, incapaz de – mesmo reconhecendo razão ora a Settembrini, ora a Naphta – buscar uma superação dialética da tensão entre individualismo e coletivismo.

por objetivo pôr em relevo que liberdade e igualdade são a medida uma da outra, razão pela qual, inclusive, são sempre ameaçadas conjuntamente e razão pela qual devem ser defendidas conjuntamente (BALIBAR, 1992, p. 136).

Assim, a idéia de egaliberté torna necessário estabelecer um *processo de mediação entre liberdade e igualdade*, na qual nem um nem outro princípio deva ser sacrificado, mas, ao contrário, devem ser ambos otimizados. Assim é que devem ser determinados os graus de realização de liberdade e de igualdade[97]:

> O grau de igualdade necessária à coletivização das liberdades e o grau de liberdade necessário à igualdade coletiva dos indivíduos, a resposta é a mesma: o máximo possível nas condições estabelecidas (BALIBAR, 1992, p. 136)[98].

Este ponto de vista é compartilhado por Amartya Sen (2001, p. 54), para quem não se pode colocar o problema em termos de "liberdade *versus* igualdade", uma vez que "a liberdade está entre os possíveis *campos de aplicação* da igualdade, e a igualdade entre os possíveis *padrões de distribuição* da liberdade".

Na perspectiva proposta de egaliberté, este processo de mediação das tensões dá-se sempre que os direitos à liberdade e à igualdade forem invocados. E é também através desta mediação que os referenciais individuais e coletivos vão estabelecer-se (BALIBAR, 1992, p. 137)[99].

---

[97] A propósito desta conjunção dos princípios da liberdade e da justiça social, Slavoj Žižek destacou que o *cinismo* diante da tensão entre a aparência de liberdade e igualdade, de um lado, e a realidade social das desigualdades sociais e econômicas, de outro, pode conduzir a resultados bastante conformadores/conservadores, ao passo que a leitura desta mesma tensão sob a ótica não da mera "aparência" da egaliberté – ou seja, com conteúdo meramente simbólico desprovido de normatividade (jurídica ou social) –, mas levando-se em conta a efetividade própria (inerente à sua simbologia) que permite movimentar o processo de rearticulação das relações sócio-econômicas concretas mediante sua progressiva politização, pode a mesma ser verdadeiramente subversiva. ŽIŽEK, http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/zizek03.pdf?ac=articulos&id=69

[98] "Du degré d'égalité nécessaire à la collectivisation des libertés individuelles et du degré de liberté qui est nécessaire à l'égalité collective des individus, la réponse étant à chaque fois la même: le maximum dans des conditions données".

[99] "elles dépendent entièrement de "rapports de force" et de leur évolution dans la conjoncture, *où il faudra bien construire pratiquement des référents individuels et collectifs pour l'égaliberté*, avec plus ou moins de "prudence" et de "justesse", mais aussi "d'audace" et "d'insolence" contre les pouvoirs établis" (BALIBAR, 1992, p. 137) [elas dependem inteiramente das relações de força e de sua evolução numa dada conjuntura, na qual será necessário construir os referenciais individuais e coletivos para a egaliberté, com pouco mais ou menos de "prudência" e de "justeza", mas também de "audácia" e de "insolência" contra os poderes estabelecidos].

Assim, entende-se prudente ressalvar que os direitos individuais não possam ser sacrificados em nome dos direitos coletivos[100], da mesma forma como se entende necessária certa ousadia rumo à concretização dos direitos sociais ainda muito nominais e pouco normativos.

A partir desta reflexão, é possível afirmar não ser contraditório dizer que o titular dos direitos sociais é o homem – pois que os direitos fundamentais assentam na dignidade humana –, mas não o homem isolado em seu mundo, qual um Pequeno Príncipe empunhando o estandarte dos seus direitos. Tampouco é um homem anônimo, que deixando a mulher e filho – sua família, sua esfera de privatividade, como diria Hannah Arendt (2004b, p. 37) – à margem, empunha junto à massa a bandeira de suas convicções. Por belas que sejam as duas imagens, ambas implicam uma renúncia que não encontra justificativa.

Não se julga tal advertência despicienda. Ainda que este trabalho parta da premissa de uma concretização constitucional seletiva e tenha por objetivo imprimir eficácia à parte em que a Constituição é ainda apenas nominal, não se pode deixar aberta a porteira do retrocesso, pois este surge quando menos se espera.

Não se pretende, portanto, recair no equívoco criticado por Agnes Heller:

> A segunda implicação é o famoso, ou sinistro, contraste entre liberdade e "felicidade pública", sendo a suposição que, sacrificando-se a primeira, mesmo que só temporariamente, pode-se promover a segunda (2002, p. 158).

Na mesma linha, Hannah Arendt demonstra que o colapso dos direitos fundamentais a partir do entre guerras deveu-se em boa parte ao fato de se ter tomado como referência não o homem individual, mas o Estado-nação (situação que justificou o mesmo "silêncio sorridente diante da chacina", de que fala Caetano Veloso, em relação aos apátridas).

---

[100] Razão pela qual se concorda com Willis Santiago GUERRA FILHO: "a fórmula do Estado Democrático se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização de direitos sociais" (2005, p. 24).

O deslocamento da idéia de homem para a idéia de cidadão de um Estado-nação foi tão grave e a resposta dos direitos fundamentais tão inócua, que a marginalidade da situação jurídica dos homens e mulheres apátridas não encontrava similar[101]. E isto porque os povos privados do seu próprio governo nacional ficariam sem a possibilidade de usufruir dos direitos humanos (ARENDT, 2004a, p. 305).

Daí deixar-se os povos apátridas a um completo abandono jurídico, gerando o irônico paradoxo entre os direitos inalienáveis dos cidadãos dos países civilizados, e a situação de seres humanos sem direito algum (ARENDT, 2004a, p. 312).

E, na fonte de todo o abandono e descaso, no amplo espaço anômico deixado pelos direitos fundamentais, encontra-se a justaposição do indivíduo pelo povo[102]:

> Como a humanidade, desde a Revolução Francesa, era concebida à margem de uma família de nações, tornou-se gradualmente evidente que *o povo, e não o indivíduo, representava a imagem do homem* (ARENDT, 2004a, p. 325 – grifou-se).

Arendt (2004b, p. 68-69) defende também que as esferas privada e pública não podem sacrificadas em nome uma da outra, ambas somente podendo subsistir sob a forma de coexistência.

A sempre atual escrita de Hannah Arendt reforça a posição aqui defendida: se o direito subjetivo, individual e liberal, egoísta e excludente, não serve como padrão a imprimir eficácia aos direitos sociais, tampouco pode o homem individual ser engolido pela

---

[101] "O mesmo homem que ontem estava na prisão devido à sua mera presença no mundo, que não tinha quaisquer direitos e vivia sob ameaça de deportação, ou era enviado sem sentença e sem julgamento para algum tipo de internação por haver tentado trabalhar e ganhar a vida, pode tornar-se quase um cidadão completo graças a um pequeno roubo. Mesmo que não tenha um vintém, pode agora conseguir advogado, queixar-se contra os carcereiros e ser ouvido com respeito (ARENDT, 2004a, p. 320).

[102] Convém observar que a autora não se refere aos direitos de segunda dimensão: refere-se mesmo aos direitos de liberdade! Repete-se a citação de Perez Luño: "De ahí que el pretendido individuo libre y autónomo que despliega su personalidad en el seno de relaciones intersubjetivas *no fuera sino la hipóstasis enmascaradota de la paulatina suplantación o manipulación del sujeto por mecanismos de control externo, que sustituyen su libre autodeterminación por pautas, modelos o estereotipos de conducta* que devienen intrasubjetivos en la medida en que se 'interiorizan'" (PEREZ LUÑO, 2005, p. 210-211 – grifou-se). Sem prosseguir neste assunto, deixa-se uma indagação: não teriam as ressalvas feitas aqui, atinentes aos direitos sociais, aplicação também na seara dos direitos de liberdade (onde, *supostamente*, o indivíduo é o epicentro da construção jurídica)?...

coletividade. Por isto, a afirmação da titularidade social dos direitos sociais não implica a perda do referencial do homem: *implica sua contextualização social*.

Esta contextualização social decorre, também, da inserção do homem na esfera pública:

> Em segundo lugar, o termo "público" significa o próprio mundo, na medida em que *é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele*. (...) A esfera pública, enquanto mundo comum, *reúne-nos na companhia uns dos outros e contudo evita que colidamos uns com os outros*, por assim dizer" (ARENDT, 2004b, p. 62 – grifou-se).

Com invejável clareza, a autora *faz desaparecer a pretensa dicotomia*, ao estabelecer *o público como espaço, ao mesmo tempo, comum e particular*.

Assim, falar em titularidade social dos direitos sociais significa, em última instância, falar que o homem, juntamente com seus demais, é co-titular de um direito; significa eleger o princípio da inclusão e da concretização includente dos direitos.

Se igualdade e liberdade podem fundir-se em um só conceito, também o homem – indivíduo e parte da coletividade – pode ser pensado não como titular isolado dos direitos sociais, mas como *co-titular*, hipótese em que esta titularidade não amputa as demais, mas, ao contrário, as implica.

Assim, propõe-se a transição da categoria de titularidade para a de co-titularidade do direito social, requerendo a segunda relativa autonomia face à primeira (assim como a categoria de coação, por exemplo, é vista diferenciadamente da categoria de ação). A titularidade social dos direitos sociais é, portanto, uma co-titularidade. Por esta razão, a titularidade social dos direitos sociais implica as duas esferas de concretização: a esfera coletiva e difusa coexiste e coimplica a esfera individual.

Ora, se estas duas dimensões se coimplicam e não se excluem reciprocamente, pode-se, apenas, falar em prevalência de uma sobre a outra, conforme as condições contextualmente determinadas. Esta prevalência é reconhecida, em regra, à titularidade

coletiva e difusa. Residualmente, a titularidade individual é reconhecida nos casos em que haja ameaça ao mínimo existencial subjetivo.

2.3. A inadequação da categoria de direito subjetivo para imponibilidade dos direitos sociais

2.3.1. Conceituando e desfazendo o conceito de direito subjetivo

A expressão "direito", por sua ambigüidade e extensão, abriga em si realidades muitos distintas. O mesmo se dá com as categorias direito *objetivo* e direito *subjetivo*[103]. Ao passo que o direito objetivo é reconhecido como norma ou regra geral, o direito subjetivo é reconhecido como interesse ou vontade – individual – protegida e levada a efeito pela ordem jurídica (KELSEN, 1998a, p. 112).

Classicamente, o conceito de direito subjetivo remete às teses de Windscheid e de Jhering e a seus conceitos de direito subjetivo como vontade protegida pelo ordenamento jurídico e de interesse reconhecido pelo ordenamento jurídico. No primeiro caso, o direito subjetivo estaria fortemente vinculado à *autonomia da vontade*, configurado no poder de demandar do titular do direito, o poder de ação, que "consiste no fato de que a ordem jurídica vincula à expressão da vontade de um indivíduo o efeito para o qual está voltada a vontade" (KELSEN, 1998a, p. 116-117).

No direito subjetivo, a vontade prevaleceria "como conseqüência lógica do consentimento de toda sociedade" para que, nos limites impostos pelo ordenamento jurídico, o indivíduo possa exercê-la (LISBOA, 2000, p. 44). Esta teoria é própria do Liberalismo, em que "coube à teoria do direito dar forma conceitual ao individualismo econômico da época" (MARQUES, 2002, p. 47).

---

[103] Em inglês, tais categorias valem-se de expressões distintas. "Law" indica o direito objetivo e "right", o direito subjetivo. Entretanto (e tal como em português), em alemão e em francês, ambas são designadas pelas mesmas palavras, "Recht" e "droit". (KELSEN, 1998a, p. 112; 1996, p. 140-141).

O poder de ação, portanto, seria atrelado à vontade individual do titular do direito subjetivo, condicionando a própria ordem jurídica à manifestação desta vontade:

> Influenciada pela filosofia kantiana, a dogmática jurídica alemã fundamentará os direitos subjetivos na própria volição humana, dando início àquilo que se convencionou chamar de *teoria da vontade* (*Willenstheorie*). Essa teoria foi defendida por dois influentes teóricos do Direito germânico, Windscheid e Savigny. Para esses autores, direito subjetivo é o poder juridicamente protegido que exerce a vontade de uma pessoa sobre outra. É por meio dessa vontade ou querer que os direitos subjetivos surgem, são modificados ou se extinguem (RABENHORST, 2001, p. 59).

Assim, a teoria da vontade é também interpretada como sendo o poder de demandar do titular que pode, mas não está obrigado a demandar (ALEXY, 1997, p. 180). Esta teoria sofreu inúmeras críticas, em especial pela teoria do interesse. A que nos parece mais interessante é a que se formulou acerca dos direitos indisponíveis, pois, de fato, tais direitos não podem ser renunciados e, conseqüentemente, mantém total independência em relação à vontade de seu titular (RABENHORST, 2001, p. 60).

No segundo caso, o direito subjetivo seria o interesse reconhecido pelo ordenamento jurídico. Tendo em vista que o objeto do direito é regular a conduta humana, bem como pôr fim aos conflitos de interesses[104], necessário é que o ordenamento jurídico eleja alguns destes interesses para proteger. O direito subjetivo é justamente o interesse juridicamente protegido (FERRAZ JR., 1994, 149-150):

> Interesse é tudo aquilo de que alguém necessita, ou que conduz ao seu desenvolvimento. Vontade é desejo, volição. Assim, as pessoas podem desejar coisas contrárias aos seus interesses, ou seja, elas podem aspirar a algo que lhes cause danos ou que as prejudique. (...)
> Para Jhering, o interesse seria o elemento substancial ou interno do direito subjetivo, enquanto sua proteção jurídica

[104] É comum que as definições manualescas das funções do direito tratem do conflito de interesses como se este fosse o resultado da "insatisfação inerente à natureza do homem". Tal concepção é um exemplo dos males que a falta de diálogo entre a dogmática tradicional e a sociologia jurídica pode acarretar, além de implicitar certa apologia da atividade legislativa e jurisdicional do Estado. Contrariando este senso comum, afirma José de Albuquerque Rocha que "na medida, porém, em que surge a propriedade privada dos bens de produção e a sociedade se articula em classes com interesses opostos (...) aparece, então, a necessidade da organização de um poder, que é o Estado, para controlar os antagonismos de interesses e garantir a nova ordem social, agora fundada na propriedade privada dos bens de produção" (ROCHA, 2003, p. 32).

> seria o elemento formal ou externo (RABENHORST, 2001, p. 60-61).

As idéias de Jhering são reconhecidas até hoje como libertadoras (para sua época), pois permitiam ao juiz "aplicar os juízos de valor contidos na lei sem descuidar do caso concreto em julgamento" (MARQUES, 2002, p. 152).

Naturalmente, há que se recordar que numa sociedade complexa, plena de grupos de interesses distintos e antagônicos, a proteção jurídica de um grupo de interesses acarreta, necessária e simultaneamente, que outros grupos de interesses vivenciem uma situação jurídica de anomia, ou seja, de desproteção normativa, uma vez que a lei não pode escolher interesses contraditórios para resguardar, sob pena de antinomia. Várias situações podem exemplificar o conflito entre os interesses juridicamente protegidos e os interesses anômicos, dentre os quais podemos destacar os interesses dos sem-terra, de um lado, e os dos proprietários rurais, de outro; ambientalistas e produtores que manipulam transgênicos, etc...

Esta situação pode sempre se tornar mais complexa, uma vez que ambos os grupos de interesses alegarão ter seus interesses juridicamente protegidos. Não é, aliás, por outra razão que Kelsen alerta para que o cientista do direito não devesse realizar tarefa apologética da ordem jurídica como justa e moral. O autor, influenciado pelo relativismo moral weberiano, compreendia que a sociedade comportasse grupos de interesses antagônicos no mesmo espaço e tempo, alertando para que a justificação do ordenamento jurídico como moral, além de pressupor uma moral absoluta, "conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual" (KELSEN, 1996, p. 78)[105].

É certo que até hoje não existe consenso acerca do conceito de direito subjetivo, designando o mesmo categorias muito diferentes – dentre as quais podemos citar posição

[105] Recomenda-se a leitura do instigante capítulo Direito e Moral da Teoria Pura do Direito, que contradiz muito do que foi dito em nome do jurista austríaco. Para consultar a influência weberiana no pensamento de Kelsen – bastante nítida já na leitura de suas obras – recomenda-se ver BOBBIO, 1980.

jurídica, situação jurídica, direito potestativo, pretensão, poder, faculdade, etc. –, não raro agrupadas no mesmo conceito.

Como é comum acontecer nos grandes debates jurídicos, a polêmica entre as duas teses findou sendo apaziguada pela doutrina por conceitos que mesclavam elementos das duas correntes (as chamadas teses ecléticas). Assim, tem-se por direito subjetivo o poder da vontade humana dirigida a um bem ou interesse, reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico (ALEXY, 1997, p. 179) ou, ainda, como o "poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse" (BARROSO, 2002, p. 103).

Porém, a polêmica não perdeu, de certo modo, sua atualidade. Eduardo Rabenhorst (2001, p. 65-66) entende, por exemplo, que o rol de sujeitos de direitos subjetivos pode ampliar-se ou reduzir-se conforme se adote a teoria da vontade ou do interesse, que identifica, cada uma delas, tipos distintos de direitos subjetivos[106] e que o conceito deve ser mantido em virtude de sua utilidade prática.

Entretanto, é preciso afastar o risco de que o conceito de direito subjetivo como poder de ação assegurado pela ordem jurídica, cujo exercício é condicionado pela expressão da vontade do titular seja interpretado como uma equiparação entre direito subjetivo (material) e direito de ação. Dizer que ser titular de um direito subjetivo significa ser titular do poder de ação não implica que direito, na esfera material, e ação, na esfera processual, tenham sido tratados como uma realidade indistinta. Ao contrário. Lembre-se que Windscheid protagonizou a célebre polêmica com Theodor Muther sobre a "actio", em que ambos, a despeito das não poucas farpas trocadas, adotaram sem reservas o entendimento de que o direito de acionar é direito à *assistência estatal*, que não integra o direito material discutido, mas o *direito processual*, pertencente ao campo do direito público, vez que se dirige contra o

[106] Assim, por exemplo, a teoria voluntarista ignoraria qualquer possibilidade de um direito dos animais, dos embriões, entre outros, pela exclusão da qualidade de "agentes morais", dotados da capacidade de pensar, deliberar ou escolher. Ao contrário, a teoria do interesse estaria em melhores condições de defender a esfera jurídica dos sujeitos de direito destituídos de dimensão volitiva (RABENHORST, 2001, p. 69; 73).

Estado, obrigado em relação ao cumprimento da jurisdição (WINDSCHEID; MUTHER, 1974).

Entretanto, é necessária a apresentação de duas outras teses para configuração do conceito de direito subjetivo. A primeira é a de Hans Kelsen, que conceituou direito subjetivo como reflexo do ordenamento jurídico objetivo. A segunda, de Alf Ross, para quem o direito subjetivo nada mais é do que uma ferramenta técnica de representação de um conjunto de conseqüências jurídicas (ROSS, 2003, p. 208).

Pela ênfase normativista de sua ciência jurídica, Kelsen preocupava-se em destacar a norma jurídica. Pondo a norma em relevo, o que subjaz é o dever, e não o direito. Daí o mestre austríaco criticar o fato de o direito subjetivo avultar ao primeiro plano, fazendo quase desaparecer o dever por detrás daquele (KELSEN, 1996, p. 140). Assim, opera-se uma verdadeira inversão no que o senso comum jurídico designa como direito subjetivo. Os conceitos vistos anteriormente enfocam a titularidade do direito no sujeito *credor*. Não é por menos que Kelsen enfatiza em várias ocasiões o descabimento do conceito na esfera penal, na qual a vítima não é vista como *a* titular de direito.

O autor faz ver que, em regra, o conceito de direito subjetivo mostra-se apropriado quando relacionado a coisas (uso, consumo, aniquilação da coisa), ainda quando mediado pelo comportamento de outra pessoa, também em relação à coisa (para tolerar ou concretizar o comportamento da outra parte).

Invertendo a lógica própria da filosofia do sujeito que coloca o indivíduo credor da situação jurídica como centro da análise, Kelsen vê neste sujeito credor um mero epifenômeno, razão pela qual o *seu* direito passa a ser um direito meramente reflexo do ordenamento jurídico objetivo:

> Esta situação, designada como “direito” ou “pretensão” de um indivíduo, não é porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros. Se, neste caso, se fala de um direito subjetivo ou de uma pretensão de um indivíduo, como se este direito ou esta pretensão fosse algo diverso do dever do

> outro (ou dos outros), cria-se a aparência de duas situações juridicamente relevantes onde só uma existe (KELSEN, 1996, p. 142).

Ou seja, a chamada titularidade do direito subjetivo, bem como o exercício deste direito individualmente tomado é, na análise kelseniana, *apenas uma conduta correlativa da conduta do devedor do direito* (KELSEN, 1996, p. 142). Ao desenvolver esta lógica, opera também o autor uma completa inversão no conceito de sujeito de direito, que deixa de ser o credor do direito para ser justamente o pólo oposto, qual seja, *o devedor*:

> A propósito, importa notar que "sujeito" nesta relação é apenas o obrigado, isto é, aquele indivíduo que pela sua conduta pode violar ou cumprir o dever. O indivíduo que tem o direito, isto é, aquele em face do qual esta conduta há de ter lugar, é apenas objeto da conduta que, como correspondente à conduta devida, está já conotada nesta (KELSEN, 1996, p. 142).

De outro lado e embora sendo crítico de Kelsen, Alf Ross incorpora muitos dos elementos de sua Teoria do Direito[107]. Daí seja possível encontrar certas similitudes no pensamento destes dois juristas acerca da idéia de direito subjetivo, o que se demonstrará a seguir.

O conceito de direito subjetivo formulado pelo realista escandinavo pressupõe que o ordenamento jurídico atribua a um certo fato condicionante uma determinada conseqüência jurídica e, mais especificamente, a uma totalidade de fatos condicionantes (visto que estes são múltiplos) ligue-se uma pluralidade acumulativa de conseqüências jurídicas (igualmente múltiplas) (ROSS, 2003, p. 203-204).

Ora, como uma ciência jurídica não pode limitar-se a elencar o rol de fatos condicionantes e de conseqüências jurídicas a eles vinculados (como, por exemplo, se uma pessoa comprou uma coisa, tem direito a que esta coisa lhe seja entregue, etc...), estipula-se, entre o fato condicionante e a conseqüência jurídica, "uma palavra sem referência semântica

[107] A respeito, consultar a *Apresentação à Edição Brasileira* de Direito e Justiça, assinada por Alaôr Caffé Alves (ROSS, 2003).

alguma, que serve somente como ferramenta de apresentação" (ROSS, 2003, p. 205), que é justamente o direito subjetivo.

O direito subjetivo – seja ele relativo à propriedade, à herança, ao crédito ou qualquer outra situação jurídica em que se diz este ter sido gerado –, portanto, nada mais seria que uma palavra destituída de realidade, que teria uma função conectiva entre o fato condicionante (em que exerceria função descritiva: uma pessoa comprou uma coisa) e a conseqüência jurídica (em que exerceria função prescritiva: tem direito a que esta coisa lhe seja entregue). Ora, esta situação pode ser descrita sem qualquer referência à aquisição/geração de um direito subjetivo – por exemplo, o de propriedade. É por esta razão que "as frases em que aparece podem ser reescritas sem fazer uso da expressão, indicando a conexão que nas diretivas jurídicas existe entre os fatos condicionantes e as conseqüências condicionadas" (ROSS, 2003, p. 206).

Esta idéia é ludicamente esclarecida na alegoria que o autor faz sobre o "tû-tû", uma expressão com denotação descritiva e prescritiva que os nativos da tribo Aisat-naf, nas Ilhas Oasuli, no Pacífico Sul, utilizam para designar três situações de violação de tabu (encontrar-se com a sogra, matar um animal totêmico, comer a comida preparada pelo chefe) que, quando cometidas, implicam que o violador *fique "tû-tû"*. Aqueles que ficam "tû-tû" devem ser submetidos a uma cerimônia de purificação, residindo aí a função prescritiva exercida pelo "tû-tû" (ROSS, 2004, p. 13-15).

O "tû-tû" resulta das crenças supersticiosas da tribo que entende que a violação dos tabus criaria uma situação de ameaça desastrosa para comunidade, por força do estigma que seria misticamente gerado no momento em que alguém ficou "tû-tû". Com isto, Ross afirma que independentemente do fato de que a palavra carecer em si de referência semântica, os enunciados nos quais ela aparece podem atuar como expressões prescritivas e descritivas (ROSS, 2004, p. 14; 26).

Esta alegoria acerca dos costumes da tribo nada mais é do que uma paródia acerca da idéia de direito subjetivo. Tal como os nativos, também a comunidade jurídica crê que os fatos condicionantes (que correspondem aos enunciados normativos) *criam* um fenômeno antes inexistente, o direito subjetivo, e que em razão deste elemento fantasiosamente gerado ligam-se as conseqüências jurídicas especificadas nas normas jurídicas. Assim, e tal como o "tû-tû", o direito subjetivo deixaria de ser a mera *conexão semântica* entre a descrição do fato e a prescrição da conseqüência e passaria a ter uma *existência independente*, igualmente mística:

> Nós também, portanto, expressamo-nos como se algo houvesse cobrado existência entre o fato condicionante (fato jurídico) e a conseqüência jurídica condicionada. (...) Não podemos negar, totalmente, que para nós essa terminologia está associada à idéia mais ou menos indefinida de que um direito subjetivo é um poder de natureza incorpórea, uma espécie de domínio interno e invisível sobre o objeto do direito subjetivo, um poder que somente se exterioriza no exercício da força (sentença e execução), mediante o qual o uso e o gozo fático e aparente do direito subjetivo ocorre sem confundir-se com essa exteriorização.
> Dessa maneira – é preciso admiti-lo –, nossa terminologia e nossas idéias apresentam uma considerável semelhança estrutural com o pensamento primitivo, com respeito à invocação de potências sobrenaturais, as quais, por sua vez, são convertidas em efeitos fáticos (ROSS, 2004, p. 31-32).

A vinculação que se pode estabelecer – resguardadas as devidas limitações – entre o pensamento de Kelsen e Ross acerca do conceito de direito subjetivo é a de que ambos negam a idéia da sua existência independente, seja porque o mesmo seria apenas um reflexo do conteúdo de um dever, seja porque o mesmo seria apenas uma conexão semântica entre o fato condicionante e a conseqüência condicionada. Ambos os autores enfocam uma perspectiva objetiva do ordenamento jurídico, ou seja, a partir da perspectiva das conseqüências prescritas pela norma e não através da perspectiva do sujeito contemplado ou favorecido pela prescrição normativa. Esta perspectiva objetiva, por óbvio, não elimina as conseqüências decorrentes das normas jurídicas; tão-só enfoca-as pela perspectiva do devedor da conduta.

Entretanto, como se vai demonstrar, a dicotomia entre a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais parece propor um antagonismo falacioso, qual seja, o de uma dimensão subjetiva que implica efetividade judicial virtual em contraposição à dimensão objetiva da qual não decorreriam efeitos passíveis de serem exigidos judicialmente.

Assim, adiante far-se-á proposta de revisão da dimensão objetiva, com base nas considerações acima feitas. Esta revisão, porém, será precedida pela análise da inadequação da categoria de direito subjetivo para compreensão e imponibilidade dos direitos sociais.

2.3.2. A inadequação da categoria direito subjetivo para imponibilidade dos direitos sociais, mesmo em sua feição de direito subjetivo público

A dicotomia entre direito objetivo e direito subjetivo é um problema do direito moderno. Os antigos não a conheceram, ou, ao menos, não a conheceram tal como atualmente formulada (FERRAZ JR., 1994, p. 146-147).

Os romanos entendiam que o *jus* era conferido ao grupo social e não ao indivíduo. As primeiras intuições acerca da idéia de direito subjetivo formaram-se na Idade Média, marcada pelo ressurgimento do comércio[108], sob influência do nominalismo. Se a doutrina tomista atribuía ao *jus* os significados do justo e da arte pela qual se conhece o justo[109], a filosofia nominalista afasta a idéia de *jus* daquilo que seria a "medida comum a todos", passando a significar o "seu de cada um". Assim, no início do século XVII, o *jus* já não é mais a coisa justa. Trazendo para o centro da análise o indivíduo, distingue-se *ius* (direito) de *iura* (direitos do indivíduo) (LIMA LOPES, 2002, p. 117-119).

Na Modernidade, a alteração na compreensão de dois elementos foi fundamental à configuração do conceito de direito subjetivo: a liberdade e a propriedade, que findaram

[108] Weber ressalta a existência de privilégios dos súditos frente ao príncipe durante este período. Entretanto, é importante lembrar que os privilégios não se configuravam como direitos subjetivos, pois não tinham a força da vinculação e podiam ser revogados a qualquer tempo (WEBER, 1996, p. 621-638).
[109] Eram quatro os significados de *jus*. Além dos dois supracitados, *jus* também significava o lugar onde se aplica a decisão e a decisão aplicada (LIMA LOPES, 2002, p. 117).

entrelaçando-se. A liberdade já havia deixado de ser uma qualificação pública do agir político, pois a noção do livre arbítrio como qualidade da vontade interna trazida pelo cristianismo determinou que o indivíduo se tornasse um centro isolado, ao mesmo tempo em que a própria idéia de liberdade encontra uma acepção negativa (vinculada à liberdade de mercado) e uma positiva (ligada à liberdade política) (FERRAZ JR., 1994, p. 147-148).

Somado a isto, Locke articula uma teoria da propriedade como direito subjetivo, pois os frutos do trabalho são a propriedade natural do indivíduo. Ligam-se, então, direito subjetivo e liberdade, por meio da *propriedade*. A propriedade se torna, a partir daí, a própria idéia de direito subjetivo (LIMA LOPES, 2002, p. 119-120;123):

> Embora a Terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada homem tem uma *propriedade* em sua própria *pessoa*. A esta ninguém tem direito algum além dele mesmo. O *trabalho* de seu corpo e a *obra* de suas mãos, pode-se dizer, são propriamente dele. Qualquer coisa que ele então retire do estado com que a natureza o proveu e deixou, mistura-a ele com o seu trabalho e junta-lhe algo que é seu, transformando-a em sua *propriedade*. Sendo por ele retirada do estado comum em que a natureza a deixou, a ela agregou, com esse trabalho, algo que a exclui do direito comum dos demais homens (LOCKE, 2001, p. 407-409).

Da mesma forma, Hobbes[110] também, a partir da diferenciação entre *ius* (liberdade de fazer e de omitir) e *lex* (o constrangimento), indicando a concepção individualista do homem, notadamente em sua liberdade (LIMA LOPES, 2002, p. 119), consolida a noção de direito individual como algo imanente ao sujeito, pois para Hobbes o direito não é algo atribuído ao sujeito, mas uma sua qualidade, seu atributo essencial (VILLEY, 1975, 658).

Ainda que a lei civil venha a limitar o direito natural ilimitado a todas as coisas, Hobbes vê a origem da justiça e da propriedade na constituição da República, pois, sendo o justo o cumprimento dos pactos, somente a instituição de um poder soberano e coercitivo poderia obrigar ao cumprimento dos pactos e à afirmação da justiça (HOBBES, 2003, p. 124).

[110] É importante notar que para Hobbes era fundamental que fossem estabelecidas regras comuns que se situassem acima dos interesses particulares, regras estas que deveriam ser impostas pelo soberano. O espaço privado seria do cuidado e do gozo dos interesses particulares. Entretanto, o Estado deveria assentar-se na preservação do espaço privado (ROSENFIELD, 1996, p. 70-71).

Para tanto, era necessário que este mesmo poder fosse garantidor da propriedade individual, com propósito de preservação da paz:

> Em sétimo lugar, está anexado à soberania todo o poder de prescrever as regras através das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar e quais ações pode praticar, sem ser incomodado por nenhum de seus concidadãos: é a isto que os homens chamam propriedade. Porque antes da constituição do poder soberano (conforme já foi mostrado) todos os homens tinham direito a todas as coisas, o que necessariamente provocava a guerra. Portanto, esta propriedade, dado que é necessária à paz e depende do poder soberano, é um ato desse poder, tendo em vista a paz pública (HOBBES, 2003, p. 153)[111].

Assim, todo o direito é reconstruído pondo-se o direito subjetivo como base da estrutura jurídica, rompendo com o molde de ciência jurídica anterior (VILLEY, 1975, p. 663), reconstruindo-a com base na liberdade individual e na propriedade privada. A partir disto, retome-se o conceito de direito subjetivo visto no tópico anterior, qual seja o de conferir força à expressão da vontade do indivíduo, condicionando a aplicação efetiva da norma jurídica à manifestação desta vontade, através da ação, para fim de resguardar um interesse protegido.

O que faz com que a ordem jurídica dependa da iniciativa do indivíduo tido por titular do direito subjetivo? Não seria a sociedade como um todo interessada no respeito às normas jurídicas? Por que somente o chamado "titular do direito" é legítimo a iniciar a prestação jurisdicional? Por que em outras áreas, tal como o direito penal, a idéia de direito subjetivo não se configurou?

Ora, se o Direito não era, até a Modernidade, considerado uma prerrogativa particular e se esta vinculação do direito ao seu titular individualmente considerado só se impôs como método dominante a partir da reconfiguração da idéia de liberdade e, sobretudo,

[111] Hobbes (2003, p. 143-144) faz remissão às épocas anteriores à constituição de um poder soberano coercitivo, em que não se considerava contra a lei da natureza que as famílias espoliassem umas às outras; ao contrário, este procedimento fazia mesmo parte do comércio, consignando que maior era a honra obtida quanto maior a espoliação. Também Foucault(1996, p. 53-78) faz referência a este fato histórico e chamando atenção para que a rapina, a ocupação de uma cidade ou castelo e outras formas belicosas de aquisição e transmissão de bens eram formas autênticas de aquisição da propriedade e de fortalecimento do poder.

a partir da instituição da propriedade privada como base da economia capitalista, pode-se concluir que a categoria de direito subjetivo não é a única possível e, muito menos, a única adequada, embora, certamente, seja a categoria mais adequada de compreensão e aplicação do direito numa economia de mercado capitalista e liberal, em que predominam relações jurídicas de tipo individual.

Mas se ela é o produto próprio de uma sociedade fundada no liberalismo político e econômico[112] – e apropriada a certas áreas limitadas, tal como o direito privado –, por que torná-la um conceito universal, apto a explicar todos os fenômenos jurídicos?

O caráter individualista do direito subjetivo equivale a uma técnica jurídica correspondente a um modelo de Estado, de Direito e de mercado. E não de qualquer mercado, acrescente-se, mas daquele específico em que as relações jurídicas eram de cunho individual (Caio *versus* Tício) nas quais a autonomia da vontade existia, de fato, em algum grau[113].

Entretanto, a perspectiva ideológica ínsita à categoria de direito subjetivo foi obscurecida pelo dogma da neutralidade inerente ao positivismo jurídico, pois o positivismo, no campo das ciências sociais, através da tradução dos enunciados de objetividade científica do campo das ciências naturais, exerce função conservadora (e obscurecedora) da ideologia burguesa, uma vez que o condicionamento político-social do conhecimento não é negado, mas *omitido*, sob o manto da neutralidade axiológica (LÖWY, 1994, p. 22-33)[114].

---

[112] Leitura interessante é o estudo sobre o processo de racionalização formal do Direito, feito por Weber. O sociólogo de Heidelberg demonstrou que o desenvolvimento formal do direito foi sempre impulsionado pela racionalidade material (interesses políticos, econômicos, culturais, religiosos, etc.), tendo sempre havido um nexo entre a racionalidade material e as qualidades formais do Direito. Esta é a razão que explica a não-linearidade do seu desenvolvimento. Assim como sua positivação atendeu à necessidade de segurança jurídica que o mercado exigia, também agora a desregulamentação crescente atende a necessidade da chamada minimização do Estado e flexibilização do Direito, sobretudo das relações trabalhistas (e parece crescentemente também nas relações de consumo) exigidas pelo neoliberalismo (WEBER, 1996, p. 603-660; LINS, 2001, p. 12-37).

[113] Ou seja: nem mesmo na economia capitalista moderna, em que os contratos são quase sempre *contratos de massa*, a categoria do direito subjetivo é suficiente para compreensão e defesa dos direitos, mormente os direitos do consumidor, que em grande parte assumem o caráter de direitos difusos e coletivos.

[114] Para o Direito, a adoção acrítica do método positivista acarretou lamentável atraso na percepção das mudanças e da necessidade de reformulação de conceitos e de estruturação teórica das disciplinas legais. Já se afirmou que, no Brasil, talvez por influência da formação católica, a tradição positivista levou à divinização das estruturas legais, elevadas – ou reduzidas – à condição de dogma, e impôs uma exegese normativa que, embora

Um dos autores que demonstrou o perfil ideológico da categoria do direito subjetivo foi Hans Kelsen. Aliás, o autor austríaco demonstra com clareza invejável o quanto o Direito vigente vincula-se aos interesses políticos dominantes, reconhecendo a existência de uma pluralidade de grupos sociais (no mesmo espaço geográfico e temporal) cujos interesses não foram contemplados pelo ordenamento jurídico. Aliás, um dos argumentos pelos quais Kelsen prega a pureza científica (sic) é a compreensão de que o cientista jurídico não deveria se prestar a fazer a apologia (legitimação acrítica) do ordenamento jurídico estatal e dos interesses dos grupos dominantes que lhe são inerentes (KELSEN, 1996, p. 55; 77-78; 332; 393...).

Embora reconheça o mesmo que o direito subjetivo como direito reflexo de um dever estabelecido pelo direito objetivo seja um conceito auxiliar que pode facilitar a representação das situações jurídicas (KELSEN, 1996, p. 143), questiona as razões pelas quais um direito seja considerado *de* um indivíduo, uma vez que a aplicação da norma jurídica é do interesse de todos ou da maioria dos membros da comunidade jurídica, e não somente de um indivíduo (KELSEN, 1998a, p. 120):

> Qual a relação que faz com que essas normas sejam o Direito “deles”, ou seja, o “direito” deles? Qual é o motivo de se considerar o Direito objetivo, o sistema de normas que regulam a conduta humana, ou uma norma desses sistema – sob certas circunstâncias - como o direito de um sujeito, como um Direito subjetivo? (KELSEN, 1998a, p. 116).

A resposta a estas perguntas é encontrada adiante:

> Em uma ordem baseada nos princípios do capitalismo privado, a técnica do Direito civil é determinada pelo fato de que o legislador *desconsidera o interesse coletivo* na aplicação das normas e atribui importância real apenas ao interesse de indivíduos particulares (KELSEN, 1998a, p. 121 – grifou-se).

---

receba nomes pomposos, não ultrapassa o senso comum leviano, senso comum este balizador da violência decorrente da *política da exclusão* (AGUIAR, 1988, p. 32-33 e ARRUDA JR., 1993, p. 40-41).

Reforça o caráter ideológico da categoria direito subjetivo o fato de que ele não se manifesta, por exemplo, na esfera criminal. O processo criminal, ao contrário, em regra não pode ser iniciado pela pessoa individualmente prejudicada: “Neste campo, em que os interesses especialmente vitais da comunidade têm de ser protegidos, o legislador coloca o interesse coletivo acima do interesse privado” (KELSEN, 1998a, p. 121).

A partir desta observação, Kelsen conclui que a estatuição dos direitos subjetivos é uma técnica de que o Direito pode, mas não necessariamente deve servir-se:

> *É a técnica específica da ordem jurídica capitalista, na medida em que esta garante a instituição da propriedade privada* e, por isso, toma particularmente em consideração o interesse individual. É, de resto, uma técnica que não domina sequer todas as partes da ordem jurídica capitalista e que, plenamente desenvolvida, só aparece no domínio do chamado Direito privado e em certas partes do Direito administrativo (KELSEN, 1996, p. 152 – grifou-se).

Tendo o conceito de direito subjetivo sido configurado para atender à necessidade de proteção da propriedade individual inerente à liberdade de mercado, há que se reconhecer a limitação deste conceito, embora o mesmo tenha, inclusive pela prevalência do ensino de direito privado nas faculdades de direito desde o século XVIII, predominado nos textos jurídicos e no senso comum teórico dos juristas[115] ao ponto de tornar-se um “totem”[116] da ciência jurídica.

Entretanto, o fato da industrialização acelerada ter conduzido a uma clara bipolarização das classes sociais e à formação de uma classe trabalhadora e, diante da pobreza e exploração imposta a esta última, ao questionamento da distância entre os direitos

[115] “A expressão “senso comum teórico dos juristas” designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito”, pois “os juristas contam com emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades”, destacando “o fato de que no Direito não se contam os limites precisos entre o saber comum e a ciência” (WARAT, 1994, p. 13 e p. 15).

[116] A expressão “totem” indica animal, vegetal ou objeto que é considerado símbolo de uma coletividade, razão pela qual se torna objeto de tabu. De fato, parece ter havido uma verdadeira “totemização” da categoria de direito subjetivo, pois a mesma é reproduzida acriticamente nas mais diversas teorias jurídicas, mesmo naquelas em que o subjetivismo não se explicaria.

formalmente consagrados e aqueles realmente desfrutáveis, fez surgir uma nova forma de regulação das relações jurídicas e sociais.

O aparecimento das doutrinas socialistas, no fim do século XIX e a exigência de normas de tutela específica da classe operária e de suas relações contratuais com o empresariado fez surgir a primeira intervenção poderosa do Estado Liberal nas relações privadas: o Direito do Trabalho (MARQUES, 2002, p. 151).

Com esta regulação, a classe trabalhadora foi integrada à classe dos consumidores e todo um novo rol de relações e demandas jurídicas configurou-se (SANTOS, 1994, p. 145-146). O surgimento de novas categorias de direitos inerentes a esta mudança, tais como os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dão notícia, portanto, do desgaste do "tipo-ideal" direito subjetivo para compreensão de uma realidade política e econômica além do liberalismo do século XVIII.

O aparecimento destes conceitos operou uma ruptura no "edifício conceitual comum", mas não foi suficiente para fazer compreender que a categoria direito subjetivo não pode ser tomada como modelo universal de compreensão e aplicação do Direito, numa sociedade hipercomplexa, em que os contratos são, em sua esmagadora maioria, de massa e não contratos individuais. Igualmente, a circulação do capital não se dá mais através da vontade individual, mas através de mecanismos em que a autonomia da vontade foi suprimida.

Com a industrialização e a massificação das relações contratuais, evidenciou-se o desgaste do conceito clássico de contrato à realidade socioeconômica do séc. XX (MARQUES, 2002, p. 150-151).

Verifica-se a alteração no perfil dos direitos, que assumem novos contornos. Além disto, há ampliação do próprio rol de direitos, reconhecendo-se direitos tipicamente vinculados à sociedade de consumo e à economia de massa, padronizada e globalizada,

caracterizados pela transindividualidade, ou seja, são direitos que não mais pertencem apenas ao indivíduo, mas a toda coletividade (MARINONI; ARENHART, 2003, p. 749). Assim, nas palavras de Calmon de Passos (1988, p. 91), o social se insinua e se expande, em detrimento do individual.

Entretanto, a visão individualista que subjaz à percepção de nosso sistema jurídico compromete toda a estrutura jurídica que não se compadeça com o modelo liberal-individual, como é exatamente o caso dos direitos sociais. Por isto, o conceito de direito subjetivo, naturalmente, teve de ser modificado para tentar moldar-se às áreas do direito público em que progressivamente foi sendo aplicado. Esta tentativa de adaptação deu-se através do *direito subjetivo público*.

Ocorre, entretanto, que o direito subjetivo público não atende à exigência de publicização dos direitos imposta pela natureza dos novos direitos que decorrem do Estado Social, uma vez que há um nó incapaz de ser desfeito nesta concepção de direito subjetivo público e este nó é justamente sua incapacidade de superar o interesse egoístico na esfera dos interesses públicos:

> A divisão do direito em direito público e direito privado, assim, já apresenta dificuldades específicas, pois o limite entre o interesse egoístico do homem enquanto membro da sociedade civil e o interesse geral abstrato da totalidade política somente pode ser traçado na abstração. Na realidade tais momentos interpretam-se reciprocamente. (...) O problema surge como uma contradição entre o direito subjetivo e o direito objetivo. *Os direitos públicos subjetivos representam, de fato, de novo, os mesmos direitos privados (e em conseqüência os mesmos interesses privados) ressuscitados e apenas levemente modificados, que se apresentam em uma esfera na qual deveria reinar o interesse geral impessoal*, refletido pelas normas do direito objetivo (PASUKANIS, 1989, p. 74 – grifou-se).

O conceito de direito subjetivo público, entretanto, na seara dos direitos constitucionais, foi especialmente utilizado pelos mais célebres doutrinadores, comprometidos com a eficácia daqueles preceitos. Como anteriormente dito, a equivalência dos direitos

sociais a direitos subjetivos públicos foi visto como sinônimo de eficácia dos mesmos, o que correspondeu, de outra banda – fato que permanece ainda hoje significativamente obscuro –, que os direitos sociais inaptos à redução ao esquema de direito individual não poderiam gozar da mesma sorte, tornando-se, por esta razão, ineficazes.

É o que se pode concluir quando se coloca a redutibilidade dos direitos à individualidade como pressuposto de exigibilidade judicial[117]. Tome-se como exemplo a idéia de que todas as "situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema direito individual – dever do Estado configuram, na mesma sorte, direitos públicos subjetivos" (BARROSO, 2002, p. 115).

Muito embora esta equiparação travada entre direitos sociais e direitos subjetivos tenha a meritória finalidade de imprimir-lhes eficácia, acaba, entretanto, por *restringir* a esfera de exigibilidade dos primeiros (e não por ampliá-la!), pois a irredutibilidade aos moldes dos direitos individuais e subjetivos dos direitos sociais dá-se na maior parte dos casos.

Isto está longe de significar que os direitos sociais não sejam exeqüíveis, como certa doutrina conservadora ficaria contente em consignar. Mas apenas significa que a exeqüibilidade dos direitos sociais dá-se diferentemente da exigibilidade dos direitos individuais. A limitação da categoria de direito subjetivo para aplicação dos direitos sociais, portanto, manifesta-se pela evidente incompatibilidade entre as características dos direitos individuais e subjetivos com relação aos direitos sociais, coletivos e difusos.

Assim, embora a doutrina proclame a atualidade e adequação da classificação de Jellinek[118], segundo a qual "o indivíduo, como vinculado a determinado Estado, encontra sua posição relativamente cunhada por quatro espécies de situações jurídicas" (SARLET, 2001, p.

[117] Uma vez que só os direitos subjetivos (públicos) teriam o condão de serem judicialmente exigíveis.
[118] Como fizeram Ingo SARLET (2001, p. 156-160); Ricardo Lobo TORRES (1999, p. 251); PEREZ LUÑO (2005, p. 184-185); Jorge MIRANDA (2000, p. 88-89). A crítica a esta doutrina é feita, especialmente, por Konrad HESSE (1998, 230-232).

157), o fato é que mesmo o *status positivus socialis*[119] que, sem dúvida, coaduna-se com a natureza prestacional dos direitos sociais, é insuficiente para compreensão e aplicação dos direitos sociais porque, de qualquer sorte, tais direitos subjetivos públicos pouco têm de público e muito têm de subjetivo, pois *sobrepõem o interesse individual ao social*.

Assim, mesmo em se tratando do *status positivus* do direito público subjetivo, permanecem os interesses privados predominando onde deveria prevalecer o interesse geral. Assim é que se afirma que "não haverá dúvidas de que a atribuição subjectiva de direitos fundamentais pressupõe a existência e visa em primeira linha satisfazer *interesses próprios* dos titulares, reconhecidos pelas normas constitucionais enquanto bens jurídicos pessoais" (ANDRADE, 2004, p. 119).

Afinal, o conceito de direito subjetivo público regula a situação do indivíduo isoladamente considerado em relação ao Estado, *mas desconsidera os laços de solidariedade (que se estendem no plano jurídico) que vinculam os cidadãos entre si, face ao Estado*.

Não é possível esquecer que "os direitos sociais realizam-se através de políticas públicas (...) orientados segundo o principio básico e estruturante da solidariedade social" (CANOTILHO, 1999, p. 483).

Neste sentido, fala-se em um solidarismo jurídico, a partir do qual os campos político e jurídico efetuam – e tal como se assinalou acima – a mediação entre valores pessoais e coletivos (FARIAS, 1998, p. 275).

Por certo, a presença do Estado em um dos pólos da relação jurídica não é por si só caracterizadora de sua natureza pública, embora seja elemento preponderante. Veja-se, por exemplo, a "esfera pública não-estatal"[120], na qual a publicidade está dissociada, ao menos em algum grau, da presença estatal.

---

[119] Que assegura ao indivíduo a possibilidade de recorrer às instituições estatais e de exigir que o Estado realize prestações positivas (SARLET, 2001, p. 158).

[120] A partir da formação moderna do Estado, tornou-se comum a associação dos conceitos de *Estado* e de *público*, uma vez que, para utilizar as categorias rousseaunianas, o Estado deveria fazer a *síntese entre a vontade*

O que caracteriza a natureza pública do direito é assentar-se sobre a base de *solidariedade* própria dos direitos fundamentais de segunda dimensão e sua *natureza inclusiva*, quer dizer, o fato de que a realização do direito de um sujeito não pode dar-se em detrimento do direito do outro (um direito particular à educação em detrimento do mesmo direito dos demais, etc...). Afinal, a preocupação com a idéia de solidariedade, como explica Pedro Demo (2002, p. 9), decorre da crescente exclusão e marginalização que resultam da incapacidade de se produzirem sociedades minimamente igualitárias, preocupação que aqui se traduz sob a forma da exclusão da possibilidade de se beneficiar de uma decisão judicial calcada em direito destinado a todos.

Logo, a relevância dos laços de solidariedade que marcam a dimensão social dos direitos não pode ser desconsiderada, mesmo porque o seu surgimento fundou-se no parcial esgotamento dos direitos de índole individual e este se deu justamente pela sua "lacuna de solidariedade" que "não pode ser mais fechada através de direitos do mesmo tipo" (HABERMAS, 1997a, p. 54).

Esta observação corrobora o que se tem dito: ora, se a lacuna de solidariedade não pode ser fechada com direitos de tipo individual, muito menos lícito é converter os direitos sociais em individuais, alterando-lhes estrutura e essência.

---

de todos e transmudá-la em vontade geral. Da mesma forma, na concepção hobbesiana, a fim de propiciar a paz pública – entendida como finalidade do contrato político – deveria o Estado estabelecer as *regras comuns*, entendidas como transcendentais em relação aos interesses dos particulares. O Estado deve ser, assim, o espaço no qual se estabelecem estas regras comuns (e que denotam o interesse público), havendo, portanto, *a coincidência entre o público e o estatal*. Por outro lado, o século XX vai determinar nova separação dos conceitos de público e de estatal. Com o surgimento, após as duas grandes guerras, do direito ao sufrágio universal e, posteriormente, do conceito de Estado Democrático de Direito tem-se a remissão à categoria de *regramento legal justificado* – ou seja, de poder instituído com base em certas funções ligadas à promoção do bem comum e limitado em seu exercício pelo ordenamento jurídico que deverá, igualmente, refletir as funções assumidas pelo Estado –, havendo a necessidade de criação de um espaço no qual se exerça o *controle* da atuação – e inclusive das funções, submetidas estas também à avaliação – do Estado. Assim, os mecanismos decisórios não se exerceriam somente na esfera estrita do Estado, o controle e a avaliação das funções e desempenho do Estado deveriam ser realizados pela opinião pública e o espaço no qual se estabeleceria a opinião pública seria o *espaço público*, que adquire contornos mutáveis, mas configura-se como condição para que os processos decisórios do Estado relativos à coisa pública possam ser verificados por todos. Justifica-se, desta forma, a tendência de restabelecer a dissociação entre os conceitos do estatal e do público, não a fim de excluir o público do Estado, mas, ao contrário, de ampliar os espaços de discussão do público, reafirmando, através da participação, o Estado como *locus* de mediação política, no sentido gramsciniano de Estado ampliado (LINS, 2001, p. 122-123).

Tomando-se o exemplo exposto, a realização de um direito *em detrimento do igual direito dos outros* pode perfeitamente ser acobertada pelo conceito de direito público subjetivo, por ser mais subjetivo do que público. Por outro lado, o mesmo não se dá com a realização *includente* dos direitos sociais (direito igual de todos à educação, por exemplo) que impõe uma titularidade social do direito, por ser mais público do que subjetivo.

Logo, os direitos sociais conferem ao todo social uma posição jurídica para que este todo possa gozar de condições concretas de desenvolvimento da personalidade de cada um. Isto significa dizer que os direitos sociais dirigem-se à sociedade como um todo, sem preferências individuais, ainda que, como é óbvio, das condições sociais universais cada um isoladamente possa desfrutar das condições elementares para que sua dignidade individual seja respeitada.

Ora, conforme explicitou Bolzan de Morais (2001, p. 168-169), o interesse individual diz respeito aos indivíduos isoladamente, sua fruição dá-se em exclusão à fruição de todos os demais, seu exercício é pessoal, seu prejuízo é passível de ressarcimento proporcional, sua conflituosidade é mínima, além de ser considerado politicamente neutro, em razão de seu caráter intersubjetivo.

Destaca-se, dentre as características do interesse individual, a sua *exclusividade*. Pois esta é a característica que com maior evidência contrapõe-se e incompatibiliza-se com o *proprium* dos direitos sociais:

> O direito individual aponta para um caráter repulsivo que se expressa pela oposição de interesses, própria ao feitio egoísta-exclusivista do mesmo. *Os indivíduos, titulares dos direitos subjetivos, encontram-se em oposição, em posições antagônicas uns diante dos outros, na medida em que a titularidade do direito por parte de um deles implica na impossível titularidade pelo outro*. Tal relação caracteriza-se, portanto, como de *exclusão* (MORAIS, 2001, p. 169 – grifou-se).

De fato, é possível constatar que não há como se enquadrar os direitos sociais ao esquema individual do direito subjetivo. A exclusão que o direito individual impõe é contraditória à solidariedade que é a base dos direitos sociais. Não se vislumbra, efetivamente, que os direitos sociais possam ser desfrutáveis à exclusão de todos os demais, mas exatamente o contrário! Não é por outra razão que são estes direitos chamados sociais.

Daí a pertinência da lição de José Reinaldo de Lima Lopes que vê o Judiciário como *arena de conflitos distributivos* e enfrenta o problema de tratarem-se os direitos sociais como direitos individuais:

> Temos visto algumas tentativas de responsabilização do Estado por omissão de serviços essenciais. E, no entanto, tal responsabilização é bastante complexa e difícil, visto que a maioria dos serviços omitidos são *uti universi*, e não *uti singuli*, não remunerados diretamente pelos usuários, mas mantidos por meio de impostos gerais, etc. (LIMA LOPES, 2002, p. 131 – grifou-se).

O autor vislumbra esta categoria de direitos como "*direitos à procura de um autor*", em expressa referência à metáfora de Cappelletti (1977, p. 132)[121], e vai além da perspectiva processual, ao perceber a complexa teia de fatores que envolve a eficácia dos direitos sociais, *chamando atenção para a inocuidade da defesa individual*, por meio da exigibilidade de direitos subjetivos públicos destes mesmos direitos. Assim, ele destaca outras garantias aptas a resguardar a aplicação dos mesmos, tais como a intervenção do Ministério Público, o controle judicial das leis orçamentárias e a responsabilização do Presidente da República. Corrobora, portanto, a tese de que a titularidade dos direitos sociais – e conseqüente legitimidade para exercício dos remédios cabíveis – é prioritariamente *social*, devendo haver iniciativas de caráter menos individual e mais propriamente sociais para que se possa efetivamente falar-se em políticas públicas, pois o Judiciário, provocado adequadamente,

[121] A expressão "direitos à procura de autor" consagrou-se pela metáfora que Mauro Cappelletti fez dos direitos difusos que seriam direitos que buscam expressão, assim como na peça teatral de Luigi Pirandello – Seis Personagens à Procura de Autor (CAPPELLETTI, 1977, p. 132).

pode ser um poderoso intrumento de realização dos direitos sociais (LIMA LOPES, 2002, p. 129; 136 ss).

Tal como defendido aqui anteriormente, o direito subjetivo seria uma alternativa de imponibilidade do direito social. Reforça-se, portanto, a tese anteriormente defendida de que a titularidade individual dos direitos sociais é *residual*.

Do que se viu, pode-se concluir que embora o direito subjetivo devesse ser tomado como *categoria instrumental* à concretização das normas constitucionais, o que ocorre é que ele foi tornado sinônimo de vinculatividade e exigibilidade das normas jusfundamentais. Assim, perde-se de vista que, em sendo instrumento, meio, nem sempre vai adequar-se à natureza do direito material em causa.

Mas desta sua adequação ou não, *não decorre a vinculatividade*, que é qualidade que decorre do reconhecimento da normatividade: se da norma decorre ou não direito subjetivo, isto não altera sua vinculatividade. Isto porque o direito subjetivo, embora seja categoria apta à imponibilidade dos direitos, ou seja, à sua justiciabilidade, *não é a única* dotada deste condão. Sendo meio, não exclui outros meios que sejam igualmente ou mais eficazes, conforme a estrutura do direito a ser resguardado.

Para ilustrar o argumento de que se lança mão, pense-se no exemplo citado no capítulo anterior quanto às atividades na esfera cultural que poderiam compulsoriamente ser impostas ao Estado em decorrência de um direito subjetivo individual a uma prestação concreta. Num primeiro momento, é-se levado a crer que uma tal situação não ensejaria nenhuma exigibilidade judicial.

Entretanto, pode-se ver que o que afasta de antemão esta exigibilidade não é tanto a impossibilidade de concretização via judicial do direito marcado pela abertura textual, mas sim as dificuldades inerentes à concretização de um mandado marcadamente social *a parâmetros subjetivistas*. Assim, se se deslocar o exemplo do âmbito de uma demanda

individual fundada em pretenso direito subjetivo para a esfera de uma demanda coletiva fundada num direito social, ver-se-á que, se os problemas inerentes à concretização judicial não desaparecem por completo, seguramente eles atenuam-se e abrem horizontes para sua implementação (o pedido para que um festival anual de teatro promovido pelo Estado não seja interrompido ou o pedido de extensão de programas culturais existentes nas capitais às regiões interioranas, fundados em normas pertinentes ao incentivo cultural, podem apresentar dificuldade ao magistrado quanto à decisão a ser tomada, mas certamente são mais adequados, do ponto de vista jurídico, do que um pedido individual de acesso a espetáculos culturais).

Enfim, pode-se afirmar que a despeito dos fortes indícios de desgaste do modelo individual de estruturação da ordem jurídica, a doutrina persiste na utilização das velhas categorias, ou, o que é mais grave, na utilização do velho arsenal hermenêutico para compreensão das novas categorias.

A “totemização” da categoria de direito subjetivo a que se fez referência fez com que o mesmo subsistisse, ainda quando incapaz de atender às demandas sociais que se juridicizam. Assim, se antes foi citada a utilidade do conceito de direito subjetivo como justificação para continuidade de sua aplicação (RABENHORST, 2001, p. 65), é necessário repensar em que circunstâncias tal utilidade verifica-se e sob quais circunstâncias tal utilidade é *prejudicada*.

Retomando-se as alegorias proustianas anteriormente citadas, o hábito e a certeza acerca das coisas – as velhas formas de ver o mundo – impõem uma imobilidade que retira a novidade do novo, amarrando-o ao conhecido, limitando e domesticando as ‘ameaças’ do inusitado.

2.4. O Jardim dos Caminhos que se Bifurcam: por uma revisão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais

2.4.1. A dupla dimensão dos direitos fundamentais: mais-valia ou desvalor?

Se, como acima foi exposto, o modelo individual da categoria de direito subjetivo não se mostra adequado à exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, sobretudo quando alçado à única categoria apta a imprimir-lhes eficácia, deve-se proceder ao exame da chamada dupla dimensão dos direitos fundamentais e, em especial, à verificação da adequação da dimensão objetiva quanto às possibilidades concretizadoras destes direitos.

Afirma-se que a dupla dimensão dos direitos fundamentais acabou tornando-se um lugar comum, utilizada em sentidos e propósitos variados, "um *joker* no jogo da ciência jurídico-constitucional, válido para quase todas as situações de emergência", importando notar que quando se tratam das dimensões subjetiva e objetiva *de um mesmo direito*, há quem destaque a existência de *dois fenômenos distintos* (ANDRADE, 2004, p. 114).

Entretanto, parece ser o caso de discordar-se deste ponto de vista, pois é exatamente este o caso. A dupla dimensão dos direitos fundamentais trata-se, em verdade, de uma *mesma realidade*, da qual a única alteração substancial que decorre é a *perspectiva* pela qual se analisa esta mesma realidade, ou seja, a perspectiva do dever ou do direito ou, ainda, a perspectiva do devedor ou do credor[122] do objeto da norma.

Todas as demais conseqüências atribuídas a esta mudança de perspectiva são arbitrárias. É isto que se quer demonstrar. Deve-se verificar também em que medida pode-se falar em que a dupla dimensão dos direitos fundamentais consiste, como vem afirmando a doutrina, numa "mais-valia" dos mesmos, com função complementar ou suplementar à

[122] Optou-se pela utilização das categorias credor e devedor pela vantagem de não deixarem margem de dúvida quanto ao enfoque dado à relação jusfundamental. A mesma vantagem não pode ser obtida, por exemplo, com as categorias de 'destinatário da norma', 'titular da norma' (que ora designam o pólo devedor, ora o pólo credor), entre outras que são eventualmente utilizadas.

dimensão subjetiva (SARLET, 2001, p. 144; ANDRADE, 2004, p. 115;) ou se, ao contrário, ela não representaria, antes, um desvalor, uma "menos-valia" das normas jusfundamentais.

Tendo sido a dimensão subjetiva, como demonstrado, alçada (equivocadamente) à única forma de permitir eficácia judicial a um direito, a expressividade do debate entre as dimensões subjetiva e objetiva dá-se justamente por reconhecer-se à primeira a possibilidade de exigibilidade judicial e à segunda, mero dever objetivo sem titular correspondente.

No conto "O Jardim dos Caminhos que se Bifurcam", Jorge Luis Borges descreve um jardim-labirinto que pretende representar a infinidade de escolhas que a vida oferece e que não é possível abarcar, já que a escolha de uma exclui a outra. Esta metáfora ajuda a compreender o impasse em que se encontram os juristas acerca da discussão sobre as dimensões dos direitos fundamentais que é, em verdade, uma discussão acerca dos efeitos gerados pelas normas de direito fundamental.

Uma tal dicotomia impede a síntese dialética e a ressignificação do conteúdo útil de ambas posições, motivo pelo qual se entende ser mais do que conveniente uma revisão da dupla dimensão dos direitos fundamentais e, especialmente, da dimensão objetiva.

É por esta razão que se vai propor que, assim como no conto de Borges, tenha-se como norte um impulso apropriador/ressignificador das idéias em debate[123]. Isto impediria que o antagonismo se apresentasse da forma como hoje é visto: a norma jusfundamental confere direito subjetivo a um titular individual, que pode, por esta razão, exigir judicialmente seu adimplemento, de forma isolada e sem conexão com a coletividade (igualmente titular do direito) *ou* a norma jusfundamental impõe um "mero dever objetivo" aos poderes públicos, vinculando-os, mas, em não havendo titular do direito correspondente ao dever, este não pode ser judicialmente controlado, restando seu adimplemento, por fim, a critério exclusivo do órgão público devedor.

[123] "Em todas as ficções, cada vez que um homem se defronta com diversas alternativas, opta por uma e elimina as outras; na do quase inextricável Ts'ui Pen, opta – simultaneamente – por todas" (BORGES, 1995, p. 101).

2.4.2. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais

A dimensão subjetiva equivale a posições jurídicas individuais contidas na categoria de direito subjetivo. Por esta razão, não se pretende deter sobre aspectos que foram suficientemente abordados, objetivando-se somente apontar alguns aspectos específicos.

A dimensão subjetiva é vista sob um duplo aspecto, estrutural e funcional.

Estruturalmente, ela se traduz "no poder de exigir ou de pretender comportamentos (positivos ou negativos) ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos". Funcionalmente, a dimensão subjetiva visa a "satisfazer interesses próprios dos titulares, reconhecidos pelas normas constitucionais enquanto bens jurídicos pessoais" (ANDRADE, 2004, p. 119).

Por outro lado, o direito subjetivo fundamental não equivaleria, de forma literal, ao direito subjetivo privado. O direito subjetivo fundamental representaria posições jurídicas individuais, universais e fundamentais.

O primeiro aspecto da dimensão subjetiva – e também o que parece ser o mais importante – é justamente o de *afastar a dimensão objetiva,* ou seja, resguardar a esfera do direito subjetivo fundamental das situações jurídicas que não poderiam ser imputáveis a cada uma das pessoas, nem tampouco, portanto, ser judicialmente asseguráveis.

Naturalmente, esta concepção da dimensão objetiva é o alvo que se quer atingir, mais adiante. O segundo aspecto do direito subjetivo fundamental é sua individualidade, sua referência a homens individuais. Este aspecto abarca, igualmente, a concepção de que somente indivíduos podem ser titulares de direitos fundamentais[124] (ANDRADE, 2004, p. 120 ss), aspecto que foi objeto de crítica, acima.

Em seu terceiro aspecto, o direito subjetivo fundamental é universal. O princípio da universalidade diferencia-se do da igualdade. Enquanto o primeiro é um princípio quantitativo, o segundo é qualitativo, ou seja, o princípio da universalidade assegura que

[124] Somente os indivíduos podem ser titulares dos direitos fundamentais, mas estes podem ser a. direitos de exercício coletivo (plano da legitimidade); b. direitos das pessoas coletivas (plano da titularidade); e, ainda, c. direitos de grupos (ANDRADE, 2004, p. 123-133).

todos os que fazem parte da comunidade política sejam integrados na comunidade jurídica. Logo, ele diz respeito aos destinatários das normas, ao passo que o princípio da igualdade diz respeito ao conteúdo das normas (MIRANDA, 2000, p. 215).

Finalmente, os direitos subjetivos fundamentais devem ser *fundamentais*, ou seja, devem salvaguardar a dignidade da pessoa humana (ANDRADE, 2004, p. 140).

Como foi antes demonstrado, a simbiose que se operou entre os conceitos de direito subjetivo e vinculatividade foi tanta, que a dimensão subjetiva foi tacitamente eleita como a única forma na qual a exigibilidade pode traduzir-se, com base numa pressuposição de que se um direito não assume a forma de direito subjetivo, não está apto a gerar efeito nenhum por via compulsória, ou seja, não pode ser acionável:

> A característica dos direitos subjetivos é a possibilidade de que seu titular lhes torne efetivos ante os tribunais. Os direitos são garantidos necessariamente por normas vinculantes; isto é assim porque os direitos só podem tornar-se efetivos ante os tribunais pelo seu titular (BOROWSKI, 2003, p. 42)[125].

Logo, pode-se dizer que a principal característica que decorre da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é a exigibilidade diante dos tribunais que a ela atribui-se, ou seja, sua *justiciabilidade*.

Enfim, é por esta razão que se diz que o principal aspecto da dimensão subjetiva é o de afastar a dimensão objetiva, por implicar esta duvidosa simbiose entre direito subjetivo e justiciabilidade numa total desqualificação apriorística de todas as outras formas jurídicas que não se lhe assemelhem, tal qual a Rainha Má dos contos infantis, diante do espelho.

---

[125] Lo característico de los derechos subjetivos es la posibilidad de que su titular los haga efectivos ante los tribunales. Los derechos se garantizan necesariamente mediante normas vinculantes; esto es así, porque los derechos sólo pueden hacerse efectivos ante los tribunales por su titular.

2.4.3. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: uma dimensão impotente?

2.4.3.1. O enquadramento dos direitos sociais na dimensão objetiva

Inicialmente, devem ser feitas algumas ressalvas no sentido de delimitar o objeto de que se ocupa este tópico. Esta necessidade decorre do fato de que à dimensão objetiva ligam-se conteúdos os mais diversos, dentre os quais se incluem a adequação procedimental, as garantias institucionais, a eficácia horizontal (ou eficácia diante de terceiros), além da compreensão da Constituição como ordem de valores. Por esta razão, fala-se mesmo em dimensões objetivas dos direitos fundamentais ou em diversos desdobramentos da dimensão objetiva (ANDRADE, 2004, p. 142 e ss.; SARLET, 2001, p. 142 e ss.).

Igualmente, há que se fazer referência a que a eficácia diante de terceiros é tema que se relaciona com o aqui tratado, mesmo porque existe a possibilidade – e mesmo, em alguns casos, como nos dos serviços públicos prestados por empresas particulares, a probabilidade – de que a prestação contida na norma de direito social não tenha como devedor o Estado, mas um particular (STEINMETZ, 2004, p. 274 e ss). Entretanto, a complexidade do tema exigiria estudo específico e desvirtuaria o objeto aqui proposto[126].

A dimensão objetiva como ordem de valores merece também outra nota. Associou-se à dimensão objetiva a idéia de que ela teria a tarefa de exprimir a ordem de valores de uma sociedade, servindo como parâmetro de aplicação de todas as demais normas constitucionais ou infraconstitucionais (PEREZ LUÑO, 2005, p. 20-22; PECES-BARBA, 2006, p. 160; BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 80-82; HESSE, 1998, p. 171).

A perspectiva de ordem de valores seria acentuada como um espaço que visa a transcender a insuficiência de uma concepção de direitos fundamentais baseada em interesses individuais. A partir dela, haveria um significado axiológico objetivo dos direitos fundamentais como resultado do acordo de diferentes forças sociais, obtido a partir de

[126] Recomenda-se, sobre o assunto, a leitura de: STEINMETZ, 2004; SARMENTO, 2006.

relações de tensão e dos esforços de cooperação voltados à realização das metas comuns (PEREZ LUÑO, 2005, p. 21).

A dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revelaria também que estes permitem o desenvolvimento de novos conteúdos, independentemente da possibilidade de sua subjetivização, e assumem papel relevante na construção de um sistema eficaz e racional de efetividade dos direitos (SARLET, 2001, p. 151).

A noção de Constituição como ordem de valores decorre, entre outros, do fato de se ter a ela atribuído a tarefa de integração democrática do Estado, a partir da teoria da integração de Rudolf Smend. Naquele contexto, o Estado achava-se ameaçado de fragmentação político-social e da dissolução das instituições, de um lado, e, de outro, de integração autoritária, tendo a última ameaça efetivamente se concretizado. Daí conferir-se à Constituição o papel integrador em um Estado democrático (GALINDO, 2006, p. 76).

Hans Kelsen foi crítico ardoroso da teoria da integração. Entretanto, parece antes que tal crítica dirige-se a questões de ordem metodológica, visto que o jurista austríaco vê na tese de Smend uma banalidade – "um processo contínuo de união entre os homens" [127] –, afirmando que a tese da integração já havia sido reconhecida por todas as teorias anteriores, não se constituindo, portanto, em nenhuma novidade (KELSEN, 2003b, p. 14 e ss.; 60 e ss.).

De fato, se compreender a Constituição apenas como ordem de valores é incorreto, é evidente que a Constituição consagra e juridiciza os valores mais relevantes da comunidade (SARMENTO, 2006, p. 121). A propósito, como ressalta Wilson Steinmetz (2004, p. 109-110), o vislumbre de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais muitas vezes se assemelha a uma "intuição jurídica", sendo a mesma sumamente abstrata e imprecisa. O mérito, porém, da dimensão objetiva residiria em sua alta funcionalidade para solver problemas de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais.

[127] "Se se substituísse essa palavra estrangeira completamente supérflua por sua tradução alemã, o mote da nova teoria do Estado resultaria: o Estado é um processo contínuo de união entre os homens" (KELSEN, 2003b, p. 61).

Assim, ao se fazer analisar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais *não* se estará tratando dos mesmos na perspectiva de uma ordem de valores: não se tem por objetivo analisar cada um daqueles desdobramentos ou dimensões antes referidos, fixando-se o problema desta investigação na *eficácia conferida à dimensão objetiva*.

Por outro lado, é preciso lembrar que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais vincula-se estreitamente às normas programáticas, em especial à observação de que às normas programáticas reconhecem-se "um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição" e que, mesmo quando reclamem interposição legislativa, isto "não significa que este tipo de norma careça de positividade jurídica autónoma" (CANOTILHO, 1999, p. 1102).

É comum que a doutrina assevere ser a dimensão objetiva uma "mais-valia" dos direitos fundamentais, uma vez que "a posição central e nuclear na estruturação jurídica da matéria, o "direito" (isto é, a posição jurídica subjectiva) fundamental não explica todas as conseqüências jurídicas resultantes da consagração de direitos fundamentais"; assim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais seria "complemento e suplemento da dimensão subjectiva, na medida em que retiram dos preceitos constitucionais efeitos que não se reduzem às posições jurídicas subjectivas que reconhecem" (ANDRADE, 2004, p. 142; 115).

Porém e apesar disto, a característica atribuída à dimensão objetiva que mais merece atenção é a de que se entende que ela seria *deveres sem direitos,* que ela atribuiria *deveres sem titular correspondente* (PECES-BARBA, 2006, p. 162; ANDRADE, 2004, p. 115; 143; 387; HESSE, 1998, p. 170).

Ora, como se viu, a vinculação propiciada pelo direito subjetivo entrelaça-se com seu titular, uma vez que os direitos somente poderiam tornar-se efetivos pelas mãos de seu titular (BOROWSKI, 2003, p. 42).

Se os direitos só podem tornar-se efetivos ante os tribunais pelas mãos de seu titular e se os direitos consagrados pela dimensão objetiva não encontram titular correspondente, sendo deveres sem direitos, como hão de tornar-se efetivos estes deveres objetivamente consagrados?[128]

Assim, a primeira conseqüência que decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é que deles não decorrem efeitos na esfera jurídica subjetiva dos cidadãos:

> Semelhantes direitos não podem, por conseguinte, como isso é essencial para a concepção dos direitos fundamentais da Lei Fundamental, fundamentar pretensões dos cidadãos imediatas, que podem ser perseguidas judicialmente (...) Por si só, determinações de objetivos estatais não são capazes de produzir nada (HESSE, 1998, p. 170).

Poder-se-ia indagar também sobre se existem direitos fundamentais que se manifestam apenas na dimensão objetiva. A resposta a esta pergunta, tendo em vista determinado tratamento doutrinário, especialmente quanto aos direitos fundamentais sociais, deve ser respondida afirmativamente. Tais direitos não são enquadrados dentro de uma "dupla dimensão dos direitos fundamentais", mas tão-somente na dimensão objetiva, na qualidade de deveres sem titular correspondente. Eduardo Appio (2007) dá exemplo do que se está tratando. Em artigo no qual qualifica as decisões judiciais que determinam à Administração o cumprimento do direito à saúde de populismo judiciário, o autor escreve que "o direito à saúde não é um direito subjetivo público, o qual faz parte do patrimônio jurídico de cada cidadão brasileiro, mas sim é um *dever objetivo do Estado*" (grifou-se), posicionando-se, com base nesta tese, contra a justiciabilidade dos direitos sociais.

---

[128] Esta situação lembra a da protagonista do filme de ficção científica "A Experiência". A (bem delineada) alienígena, no ímpeto de reproduzir sua espécie, busca numa boate um inocente exemplar masculino do gênero humano. Incauta nas artes da sedução, aprende com uma concorrente (que, aliás, lhe toma o pretendente) o ritual, que consiste em dizer para o objeto (e também sujeito) da conquista: "Eu tenho uma festa para ir e ninguém para me levar...". Esta frase bem representa a situação do conteúdo de um dever estabelecido por uma norma de direito fundamental objetivamente estipulada: tem um lugar para ir e ninguém para levá-lo. A situação inicialmente cômica é, em verdade, um tanto trágica quando se pensa nos valores em jogo que, por não terem seu "titular", não têm quem os leve ao seu lugar, que é o lugar da eficácia e da concretização constitucional.

Cabe, portanto, perguntar: retirar a justiciabilidade destes direitos não implica, ao contrário de uma "mais-valia", exatamente uma desvalorização destas normas, que permanecem virtuais, sem nenhuma expectativa concreta de realização? Não seria uma desvalorização da própria normatividade? Apesar disto, afirma em uníssono a doutrina, não se pode concluir que seja a dimensão objetiva meramente proclamatória e destituída de vinculatividade.

Mas qual seria, então, a vinculação das normas jusfundamentais consagradas pela dimensão objetiva? Segundo Ernst-Wolfgang Böckenförde (1993, p. 80-81), a vinculação jurídica efetiva que decorre desta dimensão consiste em estabelecer um fim ou programa para o Estado, sendo *inadmissível a inércia* ou desatenção evidente ou grosseira com este programa por parte dos órgãos estatais.

Pode-se ver, portanto, que da dimensão objetiva decorrem efeitos bastante concretos. O que é negada é a produção de efeitos *na esfera jurídica subjetiva* dos cidadãos, o que não corresponde a uma negação genérica de justiciabilidade destes direitos, como se vai demonstrar.

De qualquer sorte, faz-se necessária advertência antes feita: o *lugar* do desenvolvimento da dimensão objetiva é de um texto constitucional que não optou, pelas razões antes expostas, pela inclusão dos direitos sociais dentre os direitos fundamentais de forma explícita[129]. No cenário da Lei Fundamental alemã, a fundamentalidade que se reconhece aos direitos sociais – e a dimensão objetiva, bem entendido, dirige-se quase que exclusivamente às premissas do Estado social e, portanto, aos direitos sociais – é uma fundamentalidade tácita, situação completamente diversa dos textos constitucionais que expressamente optaram por reconhecer a fundamentalidade dos direitos sociais, como é o caso da Constituição brasileira de 1988. Compreendido o contexto, faz muito mais sentido que se

[129] Ver capítulo 1, item 3.2.

posicionem os direitos sociais (ou alguns deles) numa perspectiva objetiva como uma dimensão destituída de um sujeito que possa arrogar-se seu titular.

Por outro lado, ainda que se parta da noção de que a dimensão objetiva é destituída de um titular que a possa levar a cabo, mesmo assim, no contexto de onde surge a fala (a Alemanha), o Estado, entende-se, é marcadamente *prestacionista*. O significado do Estado é aumentado na vida econômica e social, aumentando a dependência do particular em relação às repercussões da atividade estatal. O quadro da Administração intervencionista é superado e assume contornos de verdadeira Administração prestacionista. Assim, "o Estado da Lei Fundamental é Estado que planifica, guia, presta, distribui, possibilita primeiro vida individual como social e isso é posto para ele, pela fórmula do estado de direito social, por causa da Constituição, como tarefa" (HESSE, 1998, p. 175; 173-174).

A grande perplexidade que resta, ao final, é ver-se diante de um primeiro paradoxo, que consiste no fato de que lá onde os direitos sociais não alçaram explicitamente a condição de fundamentais, a dimensão objetiva impõe um dever concreto para o Estado adimplir suas metas sociais (e o Estado de fato as cumpre!), ao passo que aqui, onde os direitos sociais foram expressamente consagrados como fundamentais, a dimensão objetiva – aliada à discussão acerca da densidade normativa – forneceu suporte teórico que permite legitimar, ao menos em parte, o fato de que aos direitos sociais tenha sido consagrado um patamar de irrisório (ou, no mínimo, insuficiente) adimplemento.

O segundo paradoxo que se quer demonstrar é o de que para vinculação configurar-se realmente, tem que haver mecanismos de controle dos órgãos vinculados. Embora o controle jurisdicional seja apenas um deles, há que se reconhecer que o Poder Judiciário é o *locus* privilegiado deste controle, tendo em vista o papel da jurisdição constitucional como *proprium* não só dos direitos fundamentais, como também do Estado Democrático de Direito.

Então este segundo paradoxo reside no fato de que a dimensão objetiva, quando não é espontaneamente respeitada pelos órgãos aos quais se dirige, *vincula, mas não vincula*, uma vez que não se lhe reconhece justiciabilidade, negando-lhe produção compulsória de efeitos em razão de não haver "um titular" do direito fundamental que possa conduzi-lo ao seu espaço da concretização: ela resta, portanto, uma *dimensão impotente*.

Assim, de fato e a partir do nosso contexto constitucional e social, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem servido como *legitimadora da ineficácia* dos direitos sociais: tem servido à função de amenizar e suavizar (ou seja, mascarar) a conseqüência de que os direitos fundamentais sociais findam destituídos de justiciabilidade, noção esta que pode ser traduzida, livrando os eufemismos, em sua completa inoperância jurídica[130], implicando a negação de sua normatividade e sua vinculação – negação esta que não pode ser assumida explicitamente, sob pena de carregar consigo a desvalorização dos direitos fundamentais como um todo (o que ninguém deseja) – opera-se uma negação sutil, bem ornamentada, de sua vinculatividade que, por ganhar nome outro que o de negação, acaba (quase) convencendo de que não é negação, mas uma outra coisa inventada (assim como um ser imaginário) e que se aproxima mais da sábia máxima popular "ganhou, mas não levou".

2.4.3.2. Dimensão objetiva e densidade normativa

Tendo em vista concepção prevalente de que a dimensão objetiva direciona-se especialmente ao legislador, ou seja, que requer (e depende) da interposição legislativa para que possa surtir efeitos, faz-se necessária observação quanto à relação entre a dimensão objetiva e a densidade normativa antes da conclusão deste tópico.

Como a doutrina comumente entende que a dimensão objetiva direciona-se especialmente ao legislador (pois seriam normas que mandam mandar), pode-se pensar que as

[130] Resguardadas as hipóteses em que se entendem configurados direitos subjetivos, casos em que, por óbvio, não se está mais diante apenas da dimensão objetiva.

normas previstas pela dimensão objetiva sejam marcadas pela baixa densidade normativa, mas este é um entendimento que deve ser afastado. O *proprium* da dimensão objetiva é sua objetividade e não sua abertura textual, que é característica dos direitos fundamentais como um todo.

A densidade normativa de normas de caráter objetivo *é variável*, e não pode ser considerada homogênea (igualmente baixa), como se depreende, por exemplo, da leitura dos artigos 193 ("A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais"), 203 ("A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social") ou do inciso I do artigo 208 ("O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria") da Constituição Federal.

A leitura destes exemplos demonstra que possuem densidade normativa diversa, tendo sido apresentados os exemplos em ordem decrescente de abertura textual. Não há que se estabelecer, portanto, uma simetria entre normas objetivas e baixa densidade normativa. Esta suposta simetria somente foi estabelecida porque prevalece o entendimento de que um maior grau de densidade normativa decorrente de interposição do legislador infraconstitucional reconduz a dimensão objetiva à dimensão subjetiva.

Ora, como somente se reconhece exigibilidade na dimensão subjetiva, mais uma vez reputa-se sua inexeqüibilidade e sua conseqüente impotência, bem como a dependência da mediação legislativa, sem a qual seria a dimensão objetiva imprestável à produção de efeitos compulsórios. Entretanto, percebe-se que somente pela negação da exigibilidade das normas da dimensão objetiva é que tal equiparação pode ser proposta. Em se reconhecendo a justiciabilidade da dimensão objetiva, como se vai propor, a densidade normativa deve ser verificada na análise de cada situação concreta.

2.4.4. Reconhecendo exigibilidade à dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Para iniciar este tópico, partir-se-á de três premissas. A primeira delas é a de que a dimensão objetiva dirige-se primacialmente às metas estabelecidas pelo Estado Social e, portanto, aos direitos fundamentais sociais. A segunda, de que o direito subjetivo não é a única categoria apta a imprimir eficácia aos direitos sociais e tampouco a mais adequada. A terceira é a de que a dimensão objetiva implica um reconhecimento desta inadequação, embora por outras vias e razões.

Com base nestas premissas iniciais, quer-se demonstrar que a dimensão objetiva não implica renúncia da exigibilidade em juízo ou da justiciabilidade: mas antes implica apenas renúncia à forma específica de justiciabilidade que a dimensão subjetiva suscita.

Ora, o problema da inexeqüibilidade da dimensão objetiva reside, portanto, no fato de que até então somente se tem reconhecido justiciabilidade aos direitos que assumem a forma de direitos subjetivos, ou seja, que se adequam ao padrão individualista e exclusivista daquele modelo, o que, de fato, não é o caso dos direitos sociais, por todas as razões antes demonstradas. No momento em que se reconhece que a categoria de direito subjetivo é apenas *um dos instrumentos* aptos a imprimir eficácia aos direitos, decorre também o reconhecimento da existência de *outras formas* igualmente aptas a fazê-lo.

Logo, mesmo que se reconheça que um determinado direito fundamental (mormente um direito fundamental social) não possa ser conformado no modelo individualista do direito subjetivo, ainda assim é possível *reconhecer sua exigibilidade*, inclusive em nível judicial, por meio de outras formas jurídicas, aí sim, adequadas.

Quais são estas formas e como podem ser exercidas será o objeto de estudo no terceiro capítulo deste trabalho. Por ora, importa notar que a dimensão objetiva *não afasta* a exigibilidade judicial das normas que contempla. Igualmente, como foi demonstrado, os direitos sociais ensejam titularidade social e apenas residualmente titularidade individual.

Pode-se ir além: a própria idéia de titularidade de um direito, configurada nos moldes de uma propriedade individual, é posta em xeque pelos direitos sociais. Em sendo direitos cuja titularidade coimplica as demais titularidades, não é de se esperar que haja "um", ou melhor, "o" titular do direito fundamental para conduzi-lo pelas mãos ante os tribunais. Parece que é somente neste sentido que se pode afirmar que a dimensão objetiva implica deveres sem titular correspondente, sem recair em falácia do argumento.

Por outro lado, e com base nisto, pode-se pensar em *formas específicas possíveis de tutela social da dimensão objetiva*, que, conforme o caso, possam configurar-se. Além disto, ao se eleger a categoria de direito subjetivo como única instância apta a imprimir eficácia às normas jusfundamentais, acabou-se suprimindo toda a complexa e heterogênea teia de efeitos que podem decorrer, conforme o caso, de um direito fundamental.

Apesar de reconhecida pela doutrina a pluralidade de efeitos que podem ser gerados, *é como se só houvesse um*, que é o da exigibilidade individual de uma posição subjetiva. Mais uma vez, se a dimensão objetiva não permite a proteção de interesses individuais por via de um direito subjetivo, isto *não afasta outras formas de proteção* que decorrem da carga e do tipo eficacial específico, dentro do rol de efeitos passíveis de serem gerados.

Isto porque tanto a carga eficacial decorrente do grau de densidade normativa, como o tipo eficacial decorrente da especificidade do direito fundamental material a ser tutelado vão determinar conseqüências distintas que não podem ser ignoradas e tornadas isomórficas à custa de um processo de homogeneização que só é possível pela amputação de aspectos estruturais da norma e pela adulteração mesmo da natureza[131] do direito.

[131] Ao se falar em natureza do direito não se pretende exercer função conservadora, qual seja, a de fixar o instituto estudado a um conjunto de preceitos que o torna um dado estático e alheio a tudo o que se relaciona com o mesmo. Antes se pretende estabelecer um critério de *adequação entre norma material e sua tutela, em nível processual*. Daí não ser prescindível a observação de que, embora não se possam fixar rigidamente certos marcos, esta fixação torna-se necessária como "formas de observar os fenômenos a partir de *standards* que, mesmo não totalmente exatos, são necessários para tentativa de análise da vida social" (DA MAIA, 2000, p. 19-20).

A negação da possibilidade de exigibilidade da dimensão objetiva implicaria, afinal, a negação de que decorrem efeitos outros que não os contemplados por direitos subjetivos, o que é inadmissível.

Além destes argumentos favoráveis à exigibilidade judicial da dimensão objetiva, resgatem-se as contribuições de Hans Kelsen e Alf Ross antes estudadas. Na perspectiva objetivista de Ross, o direito subjetivo nada mais é do que uma *conexão semântica* entre a descrição do fato e a prescrição da conseqüência pela norma (ROSS, 2004, p. 19)[132]. Ele não tem uma existência independente, não cria nada além das conseqüências jurídicas especificadas pelas normas de direito.

Ora, se o direito subjetivo nada mais é do que uma ferramenta técnica de representação de um conjunto de conseqüências jurídicas (ROSS, 2003, p. 208), não pode ter ele o condão de diluir estas mesmas conseqüências. Dito de outra forma, se uma norma jurídica determina conseqüências jurídicas a um fato, e se o direito subjetivo nada mais é do que uma conexão semântica entre o fato condicionante e as conseqüências condicionadas, ainda que se diga não ter sido gerado um direito subjetivo (mera conexão semântica na forma específica subjetiva), *não há como negar as conseqüências jurídicas afirmadas pela norma*.

Como exemplo, tome-se o dever de amparo às crianças e adolescentes carentes, previsto no inciso II do artigo 203 da Constituição Federal. Esta norma vincula o legislador (estabelecendo o dever de regulamentá-la em nível infraconstitucional) e o administrador (estabelecendo o dever de cumpri-la), mas não gera direito subjetivo, entendido como direito a que uma criança ou adolescente carente reivindique judicialmente tal amparo em sua esfera

[132] A despeito de se utilizarem as expressões “descrição”, “prescrição”, “fato condicionante”, “conseqüência condicionada”, etc., não se pode esquecer que *esta é a seara da ponderação e não da subsunção*. A escolha destas expressões dá-se pelo fato de que elas expressam melhor que as conseqüências determinadas pelas normas jusfundamentais na perspectiva objetiva *não se diluem*, mas isto não significa que elas se subsumam ao fato, tendo em vista tratarem-se de princípios, entendidos como mandados de otimização e, portanto, implicarem as mesmas uma consecução gradual.

individual. Nada obsta, porém, que medidas concretas de amparo às crianças e adolescentes carentes sejam exigidas judicialmente da administração pública, de forma objetiva.

Afinal, ainda que a conexão semântica "direito subjetivo" não tenha sido reconhecida numa dada relação jurídica (por não de deduzirem efeitos na esfera individual direta de cada um), os efeitos reconhecidos pela norma jurídica permanecem: a norma não perde sua qualidade de produzir efeitos jurídicos e, portanto, de regular as situações, relações e comportamentos nela previstos. Assim, mesmo que não se reconheça um direito subjetivo, a conseqüência jurídica de vincular o legislador e o administrador subsiste: *ela não se dilui por não se ter gerado um direito subjetivo.*

De outro lado, e resgatando-se a contribuição de Kelsen, a ênfase normativista da ciência jurídica kelseniana coloca em destaque a norma jurídica, ressaltando, então o dever, e não o direito. Para ele, o direito não era diferente do dever, nada justificando a pretensa criação de dois fenômenos distintos onde só havia um[133]. Assim, o exercício do direito subjetivo nada mais era do que uma conduta correlativa à conduta do devedor do direito (KELSEN, 1996, p. 140; 142). O direito subjetivo era, portanto, um reflexo do ordenamento jurídico objetivo.

A esta concepção de direito subjetivo como reflexo do ordenamento jurídico objetivo normalmente imputa-se a pecha de conservadora, de cunho reducionista (ANDRADE, 2004, p. 116).

Porém, parece ser antes o contrário, visto que, como se afirmou anteriormente, a categoria de direito subjetivo foi alçada à posição central do edifício jurídico teórico, a ponto de os demais fenômenos jurídicos tornarem-se epifenômeno ao seu entorno.

Sendo totemizado, o direito subjetivo passou a ser aplicado indiscriminadamente, perdendo-se de seu contexto. Daí que haja tentativas de conformá-lo a direitos cuja natureza

[133] As observações feitas na nota anterior são reiteradas: a adoção da perspectiva normativista acerca de direito e dever em Kelsen não implica adoção da tese da imputabilidade como subsunção para a esfera dos direitos fundamentais, na qual se aplica a ponderação.

não se lhe compadecem, como é o caso dos direitos sociais. Isto, porém, e como foi demonstrado, não retira dos direitos que não podem ser subsumidos à estrutura do direito subjetivo sua aplicabilidade e exigibilidade.

É neste cenário que a contribuição de Kelsen tem maior valor. Ao pôr a norma em primeiro plano e nela destacar o dever, vendo o direito subjetivo como reflexo daquele dever, ele permite afirmar a exigibilidade do dever, ainda que se repute não haver "direito por trás do dever" ou "titular correspondente". Aliás, nesta perspectiva, *o titular é o devedor da conduta*, e não contrário.

Assim, e *data máxima vênia*, parece que a idéia de que o sujeito da relação é o obrigado, aquele que "pela sua conduta pode violar ou cumprir o dever" (KELSEN, 1996, p. 142) dissolve a idéia de que a dimensão objetiva consistiria num dever sem titular correspondente: *o titular correspondente é o próprio devedor*.

Logo, aceitando-se a dimensão objetiva a partir de uma perspectiva efetivamente objetiva – na qual se coloca o foco no dever estabelecido pela norma e na pessoa que pode cumpri-lo ou descumpri-lo – desaparece o problema da diluição do mandado constitucional por falta de titular que lhe corresponda, problema este que aflorava ao analisar-se a dimensão objetiva a partir da perspectiva subjetivista.

Esta mudança de perspectiva é também encontrada em Friedrich Müller (2000, p. 51), para quem a "metódica do trabalho é uma metódica de titulares de funções", pois "Em cada caso as pertinentes prescrições de direito (constitucional) motivam de modo específico o comportamento de titulares de funções e outros destinatários". Daí que sejam considerados destinatários das normas (ou atingidos) aqueles a quem as mesmas beneficiam e titulares sejam aqueles a quem compete cumpri-las, embora não se possa desprezar a participação dos "atingidos" na concretização da constituição "por meio da observância da norma, da

obediência a ela, de soluções de meio-termo e arranjo no quadro do que ainda é admissível ou defensável no direito constitucional".

Assim, tomam-se quatro pontos de apoio para formular uma conclusão pontual.

O primeiro consiste na *revisão da figura do "titular" do direit*o, que não se contém (não está totalmente contido) na figura do titular individual que pleiteia seu direito à exclusão dos demais, o que, a princípio[134], de fato não se compadece com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O segundo reside na *complexa e heterogênea rede de efeitos* que podem decorrer dos direitos fundamentais e da qual o direito subjetivo é apenas um dos efeitos possíveis[135].

O terceiro diz respeito à *impossibilidade de se diluirem as conseqüências jurídicas determinadas pela norma* pelo fato de não se ter reconhecido naquela situação jurídica um direito subjetivo, uma vez que o mesmo nada mais é do que uma conexão semântica entre o fato condicionante e as conseqüências condicionadas.

O quarto consiste no fato de que uma norma jurídica da dimensão objetiva tem, na verdade, como titular o devedor da obrigação ou o titular da função. O seu caráter objetivo, porém, igualmente não tem o condão de diluir o mandado constitucional: a norma que estipula objetivamente um dever não perde sua qualidade de produzir efeitos.

Apoiando-se nestas considerações, é possível (re)pensar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como uma *dimensão apta a gerar posições exigíveis* – não posições individuais, mas posições exigíveis. Estas posições exigíveis decorrem diretamente da carga e tipo eficacial passível de ser exarado do direito fundamental material, conforme exposto no capítulo anterior.

---

[134] Embora possa configurar-se um direito de tipo individual nos casos de ameaça ao mínimo existencial.
[135] Esta rede de efeitos demanda estruturação de tutelas específicas e adequadas, o que só pode ser feito por um direito processual constitucionalmente adequado, objeto da segunda parte desta tese.

Enfim, como no jardim-labirinto de Borges, é possível que todos os desfechos ocorram: ao invés de eliminar todas as demais opções que não se compadecem com a alternativa eleita, pode-se optar, simultaneamente, por todas elas.

CAPÍTULO III:
O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS: UM ENFOQUE DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO

Então, enquanto eu olhava para o céu, de repente me agarrou pelo cotovelo essa menina. A rua já estava deserta e não havia quase ninguém. Ao longe um cocheiro dormia nos *drójki*. A menina tinha uns oito anos, de lencinho e só de vestidinho, toda encharcada, mas guardei na lembrança especialmente os seus sapatos rotos e encharcados, ainda agora me lembro deles. Foram especialmente eles que me saltaram aos olhos. De repente ela começou a me puxar pelo cotovelo e a me chamar. Não chorava, mas soltava entre gritos umas palavras que não conseguia pronunciar direito, porque tremia toda uma tremedeira miúda de calafrio. Estava em pânico por alguma coisa e berrava desesperada: "Mámatchka! mámatchka!" Voltei o rosto para ela, mas não disse uma palavra e continuei andando, só que ela corria e me puxava, e na sua voz ressoava aquele som que nas crianças muito assustadas significa desespero. Conheço esse som. Embora ela não articulasse bem as palavras, entendi que sua mãe estava morrendo em algum lugar, ou que alguma coisa acontecera lá com elas, e ela fora correndo chamar alguém ou chamar alguma coisa para ajudar a mãe. Mas não fui atrás dela, e, ao contrário, me veio de repente a idéia de enxotá-la. Primeiro lhe disse que fosse procurar um policial. Mas ela de repente juntou as mãozinhas, e, soluçando, sufocando, corria sem parar ao meu lado e não me largava. Foi então que bati o pé e dei um grito. Ela apenas gritou bem forte: "Senhor, senhor!"

Dostoiévski. O Sonho de um Homem Ridículo [em Duas Narrativas Fantásticas], p. 95.

'Son perfectas', le oía decir con frecuencia. 'Cualquier hombre será feliz con ellas, porque han sido criadas para sufrir'.

Comentário de Purísima del Carmen acerca de suas filhas in *Gabriel García Márquez. Crónica de una Muerte Anunciada, p.52* .

3.1. Por um Direito Processual Constitucionalmente adequado: construindo laços entre a jurisdição constitucional e a desejada eficácia dos direitos fundamentais sociais

O conto O Sonho de um Homem Ridículo, de Dostoiévski, descreve um homem cujo objetivo era o de tornar-se o mais indiferente possível tanto em relação aos outros, como em relação a si mesmo, e pode perfeitamente ser tomado como uma metáfora para os processos judiciais[136].

É que a indiferença é comumente reputada ao processo como sua característica própria: pessoas perdem nomes e identidades, sendo pasteurizadas na qualidade de partes; sofrimentos e histórias de vida resumem-se a artigos de lei, textos da doutrina e dos contratos (AGUIAR, 1988, p. 32 e ss.), razões pelas quais o processo e o Direito Processual, não raro, são objeto de repulsa dentro da própria classe jurídica. Assim, a aproximação entre as disciplinas constitucional e processual, e mesmo sua fusão em uma só, pode soar alarmante para aqueles – não poucos – que vêem no processo antes um óbice do que um instrumento de realização dos direitos.

Por outro lado, há vários motivos que determinaram a constitucionalização das garantias processuais no pós-guerra e que elevaram "à hierarquia de normas fundamentais várias instituições de caráter processual" (BARACHO, 2006, p. 323)[137].

Não há direito fundamental que possa ser respeitado quando as instituições destinadas a julgá-los não são, elas próprias, resguardadas pela fundamentalidade. Daí o

---

[136] Este tema também está presente em Kafka, especialmente em O Processo, foi alvo da ironia de Calvino em O Barão nas Árvores, no qual os magistrados equilibram-se (e fazem os litigantes literalmente equilibrarem-se também) para não ofender os interesses conflitantes de dois grupos economicamente poderosos, também os personagens glamourosos de Fitzgerald tem de suportar as agruras de um processo judicial em Os Belos e os Malditos, exemplos escolhidos dentre muitos outros que poderiam ser também citados.

[137] O filme Sessão Especial de Justiça, de Costa Gravas, inspirado na história da submissão do governo francês frente à Alemanha quando a resistência francesa assassina um oficial alemão, demonstra claramente o valor das instituições processuais à defesa dos direitos fundamentais. Lá, os princípios do juiz natural, da coisa julgada, da imparcialidade, da publicidade são completamente descartados quando a França constitui um tribunal *ad hoc* e submete dez presos – anteriormente julgados por um tribunal competente – a novo julgamento, em sessão privada, para dentre eles condenar cinco à pena de morte, a fim de 'quitar contas' com a Alemanha. A ironia de Costa Gravas não deixa passar despercebido o fato de que a França foi o nascedouro de muitos dos princípios processuais que ela mesma, tão graciosamente, apressou-se em repudiar, na ocasião.

devido processo legal[138] ter-se consagrado princípio constitucional em quase todo o ocidente após as guerras mundiais (FIX-ZAMÚDIO, 1968, p. 10).

O impacto da constitucionalização do conteúdo de Direito Processual que se fez sentir a partir daí foi tão profundo que chegou mesmo a alterar a própria concepção de processo, que passa, com a contribuição de Elio Fazzalari (1989, p. 80-81), a ser conceituado como "procedimento em contraditório", ressaltando a garantia (e a imposição) constitucional de que o processo se constitua numa estrutura dialética que consiste "na simétrica paridade das suas [das partes] posições; na mútua implicação das suas atividades"[139].

Dentro deste contexto, e levando-se em consideração o surgimento dos tribunais constitucionais na Europa, começou-se a falar em um *Direito Processual Constitucional*. Embora não se possa precisar o surgimento desta expressão, reputa-se ter sido Alcalá-Zamora pioneiro na sua utilização (BEALUNDE, 2001, p. 7; MAC-GREGOR, 2005, p. 121). Porém, quando este autor dá notícia do surgimento de um processo constitucional, atribui a "paternidade" da disciplina a Kelsen, por ter o jurista austríaco inspirado a jurisdição constitucional, razão pela qual deve-se considera-lo como fundador deste ramo processual (ALCALÁ-ZAMORA, 2000, p. 215).

Este reconhecimento deveu-se não somente ao fato de que o mestre vienense fundou o modelo concentrado de controle constitucional, como também estabeleceu os lineamentos, princípios e instituições do Direito Processual Constitucional, que até então não se haviam estudado sistematicamente, E isto apesar do seu desinteresse pelo chamado "processualismo científico" (MAC-GREGOR, 2005, p. 122).

---

[138] Nelson Nery Jr. (2004, p. 60) afirma que bastaria que o princípio do devido processo legal fosse constitucionalmente previsto para que "daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa". Nele, os demais princípios processuais encontram guarida, razão pela qual sua previsão constitucional é imprescindível.

[139] "Todo Direito Processual, portanto, como ramo de direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional" (GRINOVER, 1973, p. 12).

Kelsen (2003a, p. 173-178) cogitou a legitimidade processual e a criação de um órgão próprio de publicação das decisões do tribunal constitucional; nesta linha, ele tangenciou o tema do interesse processual, tendo recomendado os princípios da publicidade e da oralidade como norteadores do procedimento, bem como o contraditório.

Logo, embora os Estados Unidos conhecessem mecanismos de solução de conflitos constitucionais muito anteriores à Corte Constitucional austríaca, da qual Kelsen é considerado idealizador, a atribuição desta "paternidade" decorre do fato de ele ter sido pioneiro em seu estudo sistemático (BARACHO, 2006, p. 323-324).

Ora, se Kelsen é tido como fundador deste ramo processual por haver sistematizado os estudos acerca da jurisdição constitucional, isto significa que esta idéia implica, por si só, a de um processo constitucional. Tal resultado é de fácil constatação, vez que a jurisdição[140] não pode nunca realizar-se senão através do processo[141], no qual ganha realidade material, entendendo-se processo, através de uma síntese das diversas teorias acerca da sua natureza jurídica, como uma relação jurídica distinta e autônoma face à relação jurídica material em razão da qual é estabelecida, que se dá necessariamente em contraditório e que é apta a estabelecer poderes, ônus e faculdades, antes inexistentes, entre as partes. Assim, e como ocorre com outras áreas do direito, o processo constitucional é o meio através do qual vai exercer-se a jurisdição constitucional.

García Belaunde (2002, p. 25) acrescenta, ainda, que como se formulam por meio de processos, cedo ou tarde adaptam-se à estrutura dos processos comuns que cotidianamente são levados aos tribunais. Afinal, se aos juízes compete a defesa dos direitos dos cidadãos e da ordem jurídica, isto somente pode dar-se através de mecanismos especializados, e estes são os

[140] Por jurisdição deve-se entender a manifestação do poder soberano estatal voltada à atuação da vontade da lei – neste caso, da lei constitucional – no caso concreto, com a finalidade de composição da lide de forma definitiva. Este conceito, por outro lado, não atende às características da jurisdição voluntária, que não se caracteriza pela definitividade e nem pela lide nos termos carneluttianos. Sobre a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária, consultar: SILVA; GOMES, 1997, p. 74 e ss. Em sentido contrário: CINTRA *et al*., 1999, p. 152 e ss.

[141]

processos. Daí se depreende que nos casos de defesa da Constituição, não somente haja uma jurisdição constitucional, mas um Direito Processual em consonância com os requisitos da processualística moderna.

Logo, ao passo que a jurisdição constitucional volta-se à observação da Constituição em todos os âmbitos estatais, em seu aspecto material, o Direito Processual Constitucional volta-se aos institutos processuais dos quais a jurisdição constitucional vale-se para realização daquele fim. Por esta razão, Jaime Guasp (1996, p. 242) afirma ser a justiça constitucional uma *típica forma processual*, restando qualificado, portanto, o Direito Processual como disciplina jurídica habilitada a enfrentar os problemas que dela decorrem.

Assim, o fato de que a jurisdição constitucional tenha de desenvolver-se necessariamente através de um processo, bem como o surgimento de instrumentos processuais voltados à proteção dos direitos fundamentais, ao lado dos meios tradicionais de proteção constitucional, determinaram o surgimento desta nova disciplina jurídica processual.

Domingo García Belaunde acrescenta que a despeito da aparente ampla aceitação, o tema permanece ainda impreciso. Além disto, tem sido mais aplicado na América Latina do que na Europa, que não demonstra havê-lo importado. A inexistência de um Direito Processual Constitucional nos Estados Unidos, por outro lado, estaria justificada pela própria inexistência de "processos constitucionais" em si, caracterizando-se o problema do *judicial review* como marcadamente substantivo (BELAUNDE, 2004). Já no contexto latino-americano, o desenvolvimento do tema ganhou contornos totalmente novos, inclusive pela adoção de sistemas mistos de controle de constitucionalidade, o que justifica a ênfase dada ao seu estudo.

O Direito Processual Constitucional pode ser vislumbrado através de duas perspectivas, a restrita e a ampla. Pela primeira, ele limitar-se-ia a considerar unicamente os processos jurisdicionais de natureza constitucional, excluindo a análise de mecanismos não

processuais de proteção constitucional (como os organismos autônomos de proteção dos direitos fundamentais, também chamados de *Ombudsman*, por exemplo). A perspectiva ampla, por sua vez, admitiria tanto o estudo dos instrumentos processuais propriamente ditos como também de outros procedimentos, desde que se encontrem previstos constitucionalmente e tenham por finalidade a salvaguarda da Constituição. Esta última corrente tem recebido maior aceitação da doutrina, em razão, inclusive, da vertente destinada a estudar o Direito Processual Constitucional em nível transnacional (MAC-GREGOR, 2005, p. 142-143).

A despeito de se considerar que a problemática em torno à existência e denominação da disciplina como já superada no âmbito latino-americano (MAC-GREGOR, 2005, p. 142; CAPPELLETTI, 1992, p. 25), no Brasil ainda impera discussão acerca da questão terminológica, debatendo a doutrina sobre o acerto das expressões “Direito Processual Constitucional”, “Direito Constitucional Processual”, “Processo Constitucional”, “Jurisdição Constitucional” e “Justiça Constitucional”, que aparecem ora como sinônimas, ora com conceituações distintas e mesmo contrapostas, em certos casos.

Segundo Baracho (2006, p. 320), jurisdição e justiça constitucional são expressões que designam o controle da constitucionalidade das leis e da atividade dos poderes públicos, em seu aspecto substantivo. À segunda confere-se maior amplitude, por abarcar também o controle político, enquanto à primeira confere-se significação restrita, concernente apenas ao controle exercido jurisdicionalmente. No Brasil, a expressão jurisdição constitucional ganhou peso por influência da doutrina alemã, sobremodo após a inserção do sistema concentrado de constitucionalidade, na Carta Constitucional de 1988.

Alguns autores denominam Direito Constitucional Processual o conjunto de normas de Direito Processual cuja base repousa na Constituição, reservando a expressão Direito Processual Constitucional para as ações especificamente constitucionais, bem como o

conjunto de princípios que regulam a jurisdição constitucional (NERY JR., 2004, p. 26; DANTAS, 2003, p. 132 ss; TEIXEIRA, 1989, p. 79; ROCHA, 2003, p. 51-52).

No sentido oposto, há quem utilize a nomenclatura Direito Processual Constitucional para referir-se ao reconhecimento da fundamentalidade do Direito Processual, respaldado constitucionalmente, apresentando como direito constitucional processual as regras que tratam do processo constitucional (ROSAS, 1999, p. 12; CORREIA, 1998, p. 2).

Entretanto, há autores que entendem que o Direito Processual Constitucional abrange tanto a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo quanto a jurisdição constitucional (CINTRA *et al*., 1999, p. 79; GUERRA FILHO, 2005, p. 3-8; LEAL, 1999, p. 61), tese com a qual se concorda. Sem dúvida, "as normas constitucionais sobre processo são, portanto, as mais importantes fontes formais do Direito Processual, privilegiando política e ideologicamente aqueles valores que imantam da condição de princípios e traçando grandes lineamentos dessa seara jurídica" (RIBEIRO DANTAS, 2000, p. 5).

Para Willis Santiago Guerra Filho (2005, p. 7-8), é injustificável a dicotomia travada entre Direito Processual Constitucional, de um lado, e direito constitucional processual, de outro, acrescentando que só se pode falar em direito constitucional processual ou civil ou penal, etc. metaforicamente. Ainda que não se ignore a importância destas questões terminológicas[142], nem tampouco as dificuldades decorrentes de ser uma matéria de cunho epistemológico, marcada por juízos de valor e variáveis (DANTAS, 2003, p. 132), as inúmeras discussões travadas num campo tão inicial de qualquer estudo – denominação –, às vezes até de forma calorosa, permitem inferir que se trata de tema que exige amadurecimento e reflexão.

[142] Não se ignora que o mais relevante nas empreitadas que visam atribuir ou revisar os nomes dos institutos não é tanto o nome em si, mas antes as discussões de método, objeto (e – por que não? – ideologia) que traspassam os nomes.

Por outro lado, em sendo a jurisdição constitucional a forma de garantir judicialmente a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico, através do controle de validade das leis e da atividade estatal, há quem aponte para a inaplicabilidade das regras processuais comuns, em virtude da especificidade de seu objeto. De fato, ao menos há que se reconhecer de plano que na jurisdição constitucional não há que se falar em interesse processual nos termos usuais, quais sejam, os do interesse subjetivo na satisfação de um bem a que o demandante está juridicamente vinculado.

Tal especificidade ganha relevo quando se está diante do processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, no qual o caráter subjetivo da lide desaparece. Aliás, a própria noção de lide ganha outro contorno, uma vez que a mesma não se apresenta, inicialmente, como o usual conflito qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita.

Logo, há quem entenda que a jurisdição constitucional deva ser vista como autônoma face às regras do processo comum, em razão da especificidade do objeto, que exigiria regras diferenciadas, dada, inclusive, a ausência do caráter subjetivo da demanda (MENDES, 1999 b, p. 41). Esta parece ser a posição de André Ramos Tavares (2002, p. 206), para quem, por exemplo, a triangularização da relação processual, nos processos de caráter objetivo de controle de constitucionalidade, desaparece.

Ora, por mais que se reconheça a especificidade do direito material constitucional a ser posto em juízo, há que se ressalvar ter sido o exemplo citado infeliz. A pretensa ausência de interesse jurídico direto ou de caráter subjetivo da lide – mesmo naquela em que se efetua controle de constitucionalidade normativo abstrato – não retira, de forma alguma, a formação em contraditório do processo, que exige, como qualquer outro, a presença de um demandante e um demandado, que se faz presente sim, a fim de defender a tese da constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. É este o teor do § 3º do art. 103 da Constituição Federal, “impondo o dever de audiência de Advogado-Geral da União que obrigatoriamente defenderá

o ato ou o texto impugnado" (SILVA, 2006, p. 53). A propósito, mesmo no controle incidental de inconstitucionalidade o princípio do contraditório se fez impor. Neste sentido, o correto acréscimo de três parágrafos ao art. 482 do Código de Processo Civil, pela Lei n. 9.868/99, a fim de possibilitar participação dos interessados no incidente.

A escolha equivocada do exemplo, aliás, apenas confirma a tese que se quer defender: as regras processuais comuns são de fato aplicáveis à jurisdição constitucional, resguardada a especificidade da matéria constitucional, razão que, ao mesmo tempo, permite e exige o estudo sistemático do tema.

A pretensão de autonomia da jurisdição constitucional face às regras gerais do Direito Processual conduziu a situações de difícil compreensão, se examinadas sob um olhar jurídico, tal como a de que a inexeqüibilidade de um título executivo tenha o condão de alterar o título judicial em si, ou seja, o condão de alterar a declaração do direito ali contida e de, portanto, tirar o direito do autor que tem razão. Tal posição contradiz frontalmente a célebre máxima de Chiovenda (1942, p. 84), segundo a qual o processo deve dar ao autor que tem razão "tudo aquilo e exatamente aquilo que tenha direito", bem como a da problemática (in)compreensão do caráter mandamental do mandado de injunção.

No outro extremo, há quem defenda o entrelaçamento do Direito Processual Civil com a jurisdição constitucional (CORREIA, 1998, p. 2), o que finda reduzindo sensivelmente o objeto tanto da jurisdição constitucional quanto do Direito Processual Constitucional, razão pela qual foi objeto de várias críticas (GUERRA FILHO, 2005, p. 8; BELAUNDE, 2002, p. 26).

Há que atentar, inclusive, para a tendência de restringir o Direito Processual ao campo civil. Gustavo Binenbojm (2001, p. 138), ao tratar do sentimento comum entre constitucionalistas e processualistas de que a técnica processual seja instrumento de realização e não de frustração constitucional, cai neste reducionismo. Um posicionamento que – sem se

constituir numa tese eclética – mostra capacidade de mediar os interesses em jogo aponta para a vinculação entre o Direito Processual comum, em especial a Teoria Geral do Processo, com a jurisdição constitucional (GUERRA FILHO, 2005, p. 6; BARACHO, 2006, p. 11 ss.; 319 ss.).

Ora, o fato de a Teoria Geral do Processo abarcar as categorias comuns do Direito Processual em suas distintas ramificações permite compatibilizar todos os segmentos em que a Teoria Geral do Processo Direito Constitucional atua (CINTRA *et al*., 1999, p. 48; GUERRA FILHO, 2005, p. 6).

Por esta razão, Fix-Zamudio (1968) – considerado, juntamente com Cappelletti, um dos maiores impulsores do Direito Processual Constitucional – analisou o *juízo de amparo* mexicano sob a perspectiva dos fundamentos da Teoria Geral do Processo, destacando tratar-se de instituto cuja estrutura e natureza jurídica seriam essencialmente processuais (MAC-GREGOR, 2005, p. 123).

Logo, os temas da jurisdição constitucional devem enquadrar-se aos temas do Direito Processual "genérico", específico quanto ao seu objeto, mas alinhado à sistemática global do Direito Processual, sendo este último determinante quanto ao modo de encarar e resolver muitos dos pontos discutíveis da primeira (GUASP, 1996, p. 242). O entrelaçamento da Teoria Geral do Processo com a jurisdição constitucional justifica-se, em primeiro lugar porque, numa ordem jurídica que consagra a supremacia constitucional, todas as normas do ordenamento, em quaisquer de seus ramos, decorrem da Constituição, que, ao instaurar uma nova ordem jurídica, determina ou *re*determina o conteúdo normativo infraconstitucional.

Em segundo lugar, porque o Direito Processual, de outra banda, possui plasticidade que permite adequar-se ao conteúdo material do direito a ser conhecido em juízo. Assim, "em cada um dos segmentos pertencentes ao campo do Direito Processual, existem matizes e modalidades peculiares que não impedem a existência de direcionamentos gerais"

(BARACHO, 2006, p. 321) e isto de tal forma que há quem afirme que “o processo não sofre mutações substanciais quando passa do campo da jurisdição civil para aquele da jurisdição penal” (GRINOVER, 1973, p. 11).

Assim, é possível afirmar, portanto, e a despeito das distintas dimensões que um e outro assumem, que a plasticidade do Direito Processual permite vinculá-lo à complexidade e pluralidade do conteúdo constitucional. Logo, assim como ao lado do Direito Civil existe o Direito Processual Civil ou como ao lado do Direito Penal existe um Direito Processual Penal, paralelamente ao Direito Constitucional há um Direito Processual Constitucional, como “parcela jurídico-procesal en la que habrán de sistematizarse los instrumentos, predominantemente de carácter procesal, tendentes a la salvaguarda de las reglas, principios y valores de la normativa fundamental” (MAC-GREGOR, 2005, p. 133)[143].

Logo, tudo aponta para a existência de um verdadeiro Direito Processual Constitucional, tendo em vista o conteúdo constitucional material refletir-se para os distintos ramos do Direito, exigindo e, ao mesmo tempo, possibilitando a aplicação do Direito Processual adequado à área em questão. Além disto, há que destacar que o estudo e o desenvolvimento do Direito Constitucional à parte do estudo do Direito Processual Constitucional conduziu ao fenômeno de uma interpretação dos direitos fundamentais idealizada, distante da realidade coexistencial.

Por esta razão, pode-se dizer que o Direito Processual Constitucional permite harmonizar o conteúdo idealizado e utópico dos direitos fundamentais com a práxis, dentro e a partir da realidade vivencial dos sistemas jurídico e social, defendendo-se o processualismo como forma de tornar efetiva a garantia de um regime democrático de respeito aos direitos fundamentais (GOZAÍNI, 1995, p. 35; BIDART, 1992, p. 346).

[143] Parcela jurídico-processual em que haverão de sistematizar-se os instrumentos, predominantemente de caráter processual, tendentes à salvaguarda das regras, princípios e valores da normativa fundamental.

Em razão disto, aliás, a posição de Guerra Filho (2005, p. 6), de acordo com o qual a tendência do Direito Processual Constitucional segue “no sentido de que ocorra o desentranhamento da disciplina do corpo do Direito Constitucional, por demandar, inegavelmente, o estudo por parte de especialista em Direito Processual”, enfatiza a relevância do Direito Processual para que se possam os direitos fundamentais tornarem-se eficazes. Também esta é a posição de García Belaunde (2002, p. 4), de acordo com o qual seria a mesma uma disciplina embrionária, a meio caminho entre o direito constitucional e o Direito Processual; porém, caracterizando-se como disciplina processual, a despeito do fato de ser predominantemente estudada por constitucionalistas. Aliás, a predominância do estudo do tema por constitucionalistas, apesar de ser apontada como disciplina ao encargo dos processualistas, lembra a situação comentada por Elio Fazzalari, quando de seus estudos acerca dos conceitos de processo e de procedimento. Dizia o jurista italiano que as tentativas de conceituação de processo ficavam presas ao velho e inadequado clichê pandetístico do negócio jurídico processual, em alusão a Bülow, razão pela qual os conceitos de processo e de procedimento findaram sendo impulsionados pelos publicistas e administrativistas (FAZZALARI, 1989, p. 73-74).

Assim, o respeito aos direitos fundamentais deve sintetizar a administração da justiça, o direito de ação e o devido processo legal (GOZAÍNI, 1995, p. 44).

Entretanto, e à semelhança de Purísima del Carmen, personagem da Crônica de uma Morte Anunciada de García Márquez, alguns juristas crêem que, tendo em vista a falta de perspectivas de cumprimento dos preceitos fundamentais de caráter social assegurados constitucionalmente, devida à sintomática ausência de reserva financeira do Estado – e dado o caráter místico de legitimação apriorística que esta assume – destinada à implementação de serviços públicos básicos nos quais consistem os direitos sociais, a solução seria a da adoção de um niilismo completo quanto à concretização dos direitos sociais pelo Estado, niilismo este

que se esparrama também pela seara processual, na qual se vêem insuficientes esforços no sentido de buscar *tutela adequada* à especificidade dos direitos sociais.

Não se ignora que o ordenamento jurídico brasileiro seja dotado de técnicas processuais não somente eficazes, mas também criativas, razão pela qual se concorda com Ada Pellegrini Grinover (1992, p. 353) quando afirma que no Brasil os direitos fundamentais se fizeram acompanhar de instrumentos processuais eficazes à sua defesa, prevendo ações inovadoras e, em alguns casos privilegiando o seu caráter coletivo, desenvolvendo "ações a que a Constituição atribuiu *eficácia potenciada* e que, embora correspondendo em parte a certos *writs* anglo-saxões ou a institutos como o 'amparo', assinalam inegável criação brasileira".

Porém, esta criação processual bem sucedida quanto à defesa dos direitos de liberdade não se mostrou nem de perto adequada à defesa dos direitos sociais. Não é por outro motivo, afinal de contas, que este trabalho parte da premissa de uma concretização constitucional seletiva e visa à concretização da Constituição na parte em que ela é, ainda, tão-somente *nominal*. Compartilha deste ponto de vista Luís Roberto Barroso, para quem "o instrumental desenvolvido para o combate às leis inconstitucionais – isto é, a atos comissivos praticados em desacordo com a Constituição – não tem sido suficiente nem adequado para enfrentar a inconstitucionalidade que se manifesta através de um *non facere*" (2004, p. 31-32).

De outro lado, há a temeridade de uma orientação jurisprudencial no sentido de fazer malograr quaisquer dos esforços destinados à construção de um processo adequado à tutela dos direitos fundamentais sociais, como ocorreu com os institutos que potencialmente seriam de valia a estes direitos, tais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por esta razão, Lenio Streck (2001, p. 53) qualificou de "crônica de uma morte anunciada" a hermenêutica dada ao mandado de injunção pelo STF. Por outro lado, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão traduziu-se em medida

ineficaz, vez que implica tão somente notificação da mora da autoridade que se omitiu (BINEMBOJM, 2001, p. 197). Ainda sobre a hermenêutica empobrecedora conferida ao mandado de injunção, disse Ivo Dantas (1994, p. 3) que o instituto "ou não foi corretamente compreendido, ou a acomodação e o misoneísmo dos que deveriam aplicá-lo tornaram sua existência letra morta no corpo geral da Constituição".

Assim como as filhas de Puríssima del Carmen, os direitos sociais são perfeitos, porque foram criados para sofrer: eles cumprem com competência a função de legitimação simbólica que lhes foi destinada, sem lograr qualquer êxito digno de nota[144] quanto ao seu adimplemento.

Assim, "destituídos dos mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e funções mistificadores" (SANTOS, 1994, p. 146). Sem possibilidade de traduzirem-se em algo material e concreto, eles constituem-se em verdadeiro "cala-boca social", cuja função é fazer aparentar estarem supridos os reclamos sociais mais urgentes. Também Marcelo Neves (2006, p. 257), tratando das relações entre Têmis (direito) e Leviatã (política) na modernidade periférica brasileira, afirma que "Leviatã não apenas subjuga Têmis; através do texto constitucional hipertroficamente simbólico, ele também a usa como meio lúdico ou como fachada que esconde a sua impotência".

A idéia de frustração constitucional está de tal forma sedimentada, que também na seara processual, mais uma vez, a contradição entre a concretização constitucional dos direitos de liberdade e nominalidade dos direitos sociais não parece causar espécie: a seletividade da concretização constitucional é pressuposta também no Direito Processual Constitucional. É neste sentido que se apresenta contribuição para formulação de um Direito

[144] Na contramão da ausência sistemática de programas sociais efetivos, encontram-se os programas Bolsa Família e Renda de Cidadania. Sobre o tema, Ivanilda Figueiredo desenvolveu estudo de importante consulta sobre a Renda de Cidadania (Lei n. 10.835/04), analisando-a à luz de concepções jurídicas e sociais e defendendo aquela prerrogativa como forma eficaz de promoção da cidadania (2006).

Processual Constitucionalmente adequado[145] que tenha por objetivo estabelecer laços entre o Direito Processual e os direitos sociais.

É preciso consignar, ainda, como alento aos renovados esforços que se venham a fazer na seara processual, que a posição original do Supremo Tribunal Federal em relação ao mandado de injunção evoluiu substancialmente, conferindo efeitos que, de uma mera notificação da mora, passaram a ser o assinalamento de prazo para ultimação do processo legislativo e sanção presidencial, prevendo que o decurso do prazo sem cumprimento da decisão permitiria ao impetrante a obtenção judicial da *satisfação* do direito material, que deveria ter sido regulamentado pela norma faltante[146].

Se a proteção processual dos direitos humanos impõe a existência de um processo adequado aos fins a serem tutelados (GOZAÍNI, 1995, p. 39), esta imposição dá-se sobretudo no caso de proteção dos direitos sociais, cuja implementação é marcada por obstáculos que, embora não sejam intransponíveis, estão muito longe de poder ser ignorados. E isto também – e quiçá principalmente – no plano processual. Pretende-se aqui, portanto, destacar a necessária adequação entre as características dos direitos sociais – estudadas na primeira parte desta tese – e as tutelas aptas a resguardá-los.

Assim, se é redundante falar em um Direito Processual Constitucionalmente adequado para fazer referência a um Direito Processual à luz do Direito Constitucional, *não o é fazê-lo em relação aos direitos sociais*, área em que o Direito Processual ainda não atingiu desenvolvimento necessário. A justificativa desta contribuição encontra-se no fato de que o lugar processual da Constituição é o lugar onde efetivamente ela assume sua *dimensão normativa* e deixa de ser meramente uma declaração política.

Por outro lado, o aprofundamento do estudo do Direito Processual Constitucional não tem como pretensão negar ou minimizar o reconhecimento da existência de mecanismos

---

[145] Toma-se como referência a expressão de Ernst-Wolgang Böckenförde: 'teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada', transportando-a para a seara processual (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 67 e ss.).
[146] MI 283-5, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

não jurídicos de se pleitear e de obter-se a efetivação dos direitos fundamentais e, menos ainda, do aspecto político da jurisdição constitucional, nem das conseqüências que daí decorrem, caindo no reducionismo de considerá-la como meramente normativa (BONAVIDES, 2006, p. 299). A propósito, diz Peter Häberle que o processo político é elemento da hermenêutica constitucional muito mais importante do que geralmente se supõe, havendo tanto influência da interpretação constitucional sobre o processo político, como interpretação constitucional por meio da política, considerada o motor que impulsiona o processo hermenêutico (HÄBERLE, 2002 b, p. 26).

Porém, nega-se igualmente o reducionismo de subvalorizar o aspecto normativo que, juntamente com o político, integra a jurisdição constitucional. Defende-se que todo estudo voltado à otimização deste aspecto normativo reforça, por fim, conjunta e igualmente, seu aspecto político.

Ora, a afirmação de Norberto Bobbio (1992, p. 25), segundo a qual o problema grave de seu tempo, em relação aos direitos humanos, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los, pode ser parafraseada nos seguintes termos: o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de afirmar sua eficácia e exigibilidade, mas o de estabelecer os meios pelos quais eles podem tornar-se *eficazes e exigíveis*. E esta é uma questão eminentemente processual, uma vez que os direitos fundamentais, inclusive e principalmente os sociais, deverão necessariamente ser justiciáveis, tendo em vista que qualquer argumento contrário à sua eficácia – seja a reserva do possível, a reserva do legislador, a baixa densidade normativa ou qualquer outro legitimamente oponível – deva ser demonstrado na esfera judicial.

Logo, os argumentos que possam ser legitimamente opostos devem ser *demonstrados*! Isto significa que não podem os mesmos ser tomados como *desautorizações genéricas apriorísticas* ou como *recurso hermenêutico de cunho místico* que apelem para a

presunção não demonstrável de que os poderes públicos não possuem condições de observar a Constituição.

O processo constitucional é, portanto, *locus* inafastável no qual o debate dialético entre as teses favoráveis e contrárias ao adimplemento dos direitos fundamentais, mormente os sociais, será travado. Assim, em qualquer caso serão os direitos sociais justiciáveis: o cabimento ou descabimento da exigibilidade de um dado direito social somente poderá ser averiguado em concreto, e não abstratamente, o que vale dizer, através de um processo.

A inobservância desta conclusão implica, em última análise, a negação do mais básico direito fundamental, o acesso à justiça. É por estas razões que se entende justificável a necessidade e a urgência de um Direito Processual Constitucionalmente adequado a tutelar os direitos sociais, cujas bases devem repousar nas características específicas dos mesmos, a fim de atender ao requisito maior do Direito Processual, que é a sua instrumentalidade face ao direito material que visa a tutelar.

Desta forma, e conectando o plano processual com o plano material estudado na primeira parte desta tese, um Direito Processual Constitucionalmente adequado deverá observar:

- O princípio da *reserva do possível* pode ser apto a afastar a exeqüibilidade dos direitos sociais; negada, porém, a possibilidade de que este afastamento seja estabelecido abstrata e aprioristicamente, impondo-se sempre, em qualquer caso, a necessidade de sua verificação judicial, em concreto;

- Igualmente, o princípio da *reserva do legislador* é parâmetro para avaliação do cabimento ou não da justiciabilidade de um determinado direito social. Assim, a própria atividade julgadora deve ser objeto de ponderação pelo juiz, consoante o que se chamou de “ativismo judicial democraticamente responsável”. Esta necessária ponderação do juiz sobre sua própria atividade julgadora, entretanto, não se apresenta quando a demanda versa sobre

direito já densificado, ou seja, sobre o qual o legislador ordinário efetuou mediação concretizadora da norma constitucional, nem tampouco nos casos em que a norma constitucional dispensa a mediação do legislador infraconstitucional, por ter conteúdo suficientemente denso, a permitir aplicabilidade direta e imediata;

- Em qualquer caso, a análise deve ser feita em concreto, recusando-se tanto um como outro princípio como desautorizações genéricas e apriorísticas da exigibilidade dos direitos sociais, razão pela qual se propugna pela sua justiciabilidade sempre, pois é justamente em juízo que os argumentos relativos aos princípios da reserva do possível e da reserva do legislador deverão ser conhecidos e demonstrados, daí decorrendo o reconhecimento da vinculação dos direitos sociais, uma vez que, conforme ressaltado anteriormente, uma norma só pode ser chamada de vinculante quando for possível que a sua lesão seja conhecida pelos tribunais;

- Afigurada a vinculação e a justiciabilidade dos direitos sociais, é tarefa do Direito Processual Constitucional a determinação de quem e como é possível levar a exigibilidade dos direitos sociais a juízo;

- Uma vez que o processo não pode ser colocado no “vácuo”, a sistematização das tutelas aptas a imprimir eficácia aos direitos sociais deve levar em consideração não só a carga eficacial de cada norma em particular, mas especialmente a *complexidade dos efeitos* que decorre de cada norma em concreto, ou seja, a tipologia eficacial, seja imediata, seja mediata, possibilitando-se, portanto, a defesa processual adequada à estrutura material do direito em concreto;

- Logo, um Direito Processual Constitucionalmente adequado deve respaldar cada um dos diferentes efeitos gerados por cada norma em particular, através da estruturação de tutelas pertinentes;

- Os direitos sociais marcam a superação da perspectiva liberal dos direitos fundamentais, considerando o homem para além de sua condição individual. Desenvolvidos que foram para atender toda coletividade, devem ser observados respeitando-se os princípios que norteiam o atendimento aos serviços públicos, vale dizer, a universalidade e a impessoalidade;

- Com isto, os direitos sociais redimensionaram a própria idéia de titularidade dos direitos e deslocaram a esfera da titularidade individual e exclusiva para a coletividade, a partir de um paradigma de inclusão, o que implica falar-se em *co-titularidade* dos direitos sociais;

- Entretanto, se alguém tem sua dignidade em risco, pode e deve alegar a titularidade individual do direito social necessário à sua manutenção ou recuperação. Tal titularidade individual, porém, é meramente *residual*. A regra, portanto, é a de que os direitos sociais têm titularidade social e devem ser protegidos em sua forma social – vale dizer, de forma coletiva, difusa ou individual homogênea –, sem exclusão da possibilidade de haver, residualmente, proteção individual nos casos de ameaça ao mínimo existencial;

- O direito subjetivo é uma das formas – não a única – de exigibilidade de um dever ou uma obrigação, pois uma norma que estipula objetivamente um dever não perde sua qualidade de produzir efeitos, exigidos face ao devedor da obrigação, o Estado. Não se dilui, portanto, o mandado constitucional, o que impõe como tarefa do Direito Processual Constitucional compreender a *exigibilidade específica* dos direitos sociais, nos casos em que estes não geram direito subjetivo;

- Finalmente, as clássicas condições da ação deverão ser redesenhadas para atender tanto *a legitimação para agir*, determinada a partir da compreensão da peculiar titularidade social e includente dos direitos fundamentais sociais, quanto *o interesse processual*, uma vez

que, revisada a figura do "titular" do direito, a exigibilidade de um direito social não passa (ao menos necessariamente) pela demonstração de um direito subjetivo.

Enfim, se o acesso à justiça[147] é a porta de entrada de toda exigibilidade jurídica dos direitos, se é "o mais básico dos direitos humanos", é pelo viés do acesso à justiça que se pretende contribuir para um Direito Processual Constitucionalmente adequado a imprimir eficácia aos direitos sociais. Aliás, o próprio conceito de acesso à justiça, ou seja, de que a titularidade de direitos no plano material carece de sentido quando desacompanhada do instrumental processual adequado para fazer valer aqueles mesmos direitos em juízo, somente surgiu no momento em que a atuação do Estado passou a ser reclamada para assegurar os direitos sociais próprios do *Welfare State* (CAPPELLETTI, 1988, p. 12; 11).

Para atender ao necessário entrelaçamento entre direito material e processual – exigência da instrumentalidade inerente ao acesso à justiça efetivo – e à complexidade dos direitos fundamentais sociais, cuja ruptura radical de muitos dos paradigmas tradicionais da teoria do direito se faz sentir no plano processual, passa-se ao desenvolvimento de um sistema de controle das omissões das prestações fáticas devidas pelo Estado, nas quais se constituem os direitos sociais. Se os direitos sociais implicam ruptura teórica no edifício conceitual tradicional, o seu estudo no plano processual é imprescindível à eficácia e exigibilidade que deles se almeja.

[147] Muito resumidamente, pode-se mencionar entre os avanços propiciados pelo acesso à justiça: criação dos juizados especiais em todo o país; assessoria jurídica gratuita (processual e pré-processual, voltada inclusive à orientação jurídica); ampliação dos conceitos de legitimação e interesse para agir, a fim de permitir a defesa judicial dos direitos transindividuais; incentivo à utilização de meios extraestatais de resolução de conflitos; revisão do papel do juiz através do estímulo à maior participação do julgador no processo, com vistas à promoção da igualdade substancial entre as partes; alteração do Código de Processo Civil em inúmeros dispositivos, objetivando a celeridade processual, a paridade de armas processuais e a observância da lealdade processual. Convém mencionar ter o movimento pelo acesso à justiça servido de inspiração à Lei da Ação Civil Pública e ao Código de Defesa do Consumidor. O tema foi objeto de nossa atenção, com vistas especialmente a uma visão crítica da arbitragem, na dissertação de mestrado "Informalização do Direito, Denegação e Democratização da Justiça: Limites e Possibilidades da Arbitragem" (LINS, 2001).

3.2. O controle de constitucionalidade das omissões administrativas

Quando Kelsen fez a defesa de uma jurisdição constitucional como garantia jurisdicional da Constituição, os tribunais austríacos apenas podiam verificar o plano da existência das normas ordinárias, através da avaliação da correção ou não de sua publicação, ficando impedidos, entretanto, de avaliar sua validade do ponto de vista da constitucionalidade. Uma assim delineada limitação do controle de validade das leis tinha por conseqüência que as disposições constitucionais perdessem "o seu próprio significado" (KELSEN, 2003, p. 20-21).

Naquele contexto, a ausência de mecanismo de controle da constitucionalidade das leis ameaçava ruir a própria idéia de Constituição e de sua supremacia na ordem jurídica. Passados quase 80 anos, as preocupações que Kelsen esboçou quanto à necessidade de um sistema de controle de constitucionalidade das leis bem poderiam ser transpostas para a seara do controle da atividade fática desenvolvida pelo Estado e, em especial, da omissão desta atividade, quando é a mesma imposta pela Constituição.

Embora exista previsão doutrinária e constitucional acerca da sindicância da atividade do poder público como um todo, e não só legislativa, tacitamente este controle é reduzido a meramente normativo, relegando-se o controle de constitucionalidade dos atos materiais praticados pelo poder público como um parágrafo apartado do todo do texto – *marginalmente reconhecido,* mas sem guardar conexão com as idéias que se defendem.

O mesmo se diga em relação ao controle das *omissões* inconstitucionais. Embora a doutrina não negue a existência da hipótese de inconstitucionalidade por omissão fática ou administrativa, não a inclui quando do tratamento do controle de constitucionalidade por omissão. É comum que se atente para a inconstitucionalidade por omissão de medida administrativa, sem, entretanto, fazê-la acompanhar da análise dos mecanismos apropriados à

supressão da omissão fática inconstitucional, reservando tais mecanismos tão somente à correção de falta de atividade legisladora.

Luís Roberto Barroso (2004, p. 31), a propósito de desenvolver com acuidade o tema da inconstitucionalidade por ação e por omissão, refere-se à omissão inconstitucional como imputável tanto ao legislativo, como ao executivo e judiciário, e ainda fornece excelente exemplo que versa sobre omissão de medidas político-administrativas em matéria de educação, por outro lado, prossegue:

> A inconstitucionalidade por omissão, como um fenômeno novo, que tem desafiado a criatividade da doutrina, da jurisprudência e dos legisladores, é a que se refere à inércia de *atos normativos* necessários à realização dos comandos constitucionais.

Este mesmo exemplo é usado também por Lenio Streck que se refere a "normas outras que estabelecem um claro dever de ação do Estado, como é o caso do art. 208 da Constituição" (2004, p. 790) e mais não diz, deixando em aberto a observação feita.

Propositadamente, os exemplos foram tomados de constitucionalistas de reconhecido comprometimento com as instituições democráticas pátrias. Assim sendo, melhor caracterizam o quão marginalizado é o tema das omissões fáticas pela doutrina, cujo elevado grau de desenvolvimento doutrinário da jurisdição constitucional não se estende às omissões fáticas ou administrativas, constituindo-se tal lacuna no foco desta investigação.

Por óbvio, não se questiona do valor da indagação científica das omissões legislativas que, a propósito, vem sendo cumprida com competência pela doutrina. Mas igualmente óbvio é que a supressão das omissões legislativas inconstitucionais para a tutela dos direitos fundamentais sociais mostra-se, para dizer o mínimo, limitada. Assim, a necessidade de sistematizar-se a estrutura de controle de constitucionalidade de forma mais ampla, a fim de abarcar a atividade estatal fática, não-normativa e, em especial, as omissões, decorre da carência de mecanismos efetivos de proteção dos direitos fundamentais sociais, não só no plano da teorização, mas também no plano das práticas judiciais.

Para tanto, contribuem os estudos em torno ao controle jurisdicional da Administração, voltados não somente à análise do controle dos atos administrativos, mas inclusive ao controle da omissão e da inércia da Administração pública (MEDAUAR, 2006, p. 391; 1993, p. 60). Controle da Administração significa a "verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado" (MEDAUAR, 1993, p. 22), cânone que, dentro dos contornos deste trabalho, é a observância às normas de direitos fundamentais sociais que, como visto, são marcadas pela vinculatividade.

Sergio Ferreira (1997, p. 564) assegura que de nada adiantariam as noções de licitude e de eficiência administrativas sem que se garantissem os meios de aferição de observância destes critérios. No mesmo sentido manifesta-se Leonardo Carneiro da Cunha (2005, p. 306), para quem "se a atividade administrativa depende de lei e a própria ordem normativa propõe uma gama de finalidades a serem atingidas, estas mesmas finalidades se afiguram como obrigatórias. Logo, a busca de tais finalidades pela Administração tem o caráter de *dever* que lhe é imposto *ex vi legis*".

Ao classificar as várias matrizes de controle e fiscalização dos poderes públicos, o Autor destaca que a função de controle no âmbito governamental tem titulares de diferentes naturezas, inserindo-se aí – e com muita relevância, acrescenta – o controle de natureza jurisdicional, que aliás, está prevista pela legislação pátria desde a Lei n. 221 de 20.11.1894 (CUNHA, p. 570; 573).

Naturalmente, a "justiça governamental" exerce "função muito específica , que é a função de controle: sem que se desnature a jurisdição como tal, assume ela fim e sentidos específicos" (FERREIRA, 1997, p. 570). Assim, diferenciam-se na atividade jurisdicional, *pelo proprium,* a função ordinária contenciosa e a função de controle.

3.2.1. A omissão inconstitucional e seu controle

O controle das omissões inconstitucionais recebeu previsão constitucional a partir da década de 70, incorporada à Constituição de Portugal, em 1976. Ao mesmo tempo, Itália, Alemanha e Espanha vêm desde o final da década de 50 exercendo controle de inconstitucionalidade por omissão, a despeito de falta de previsão constitucional expressa neste sentido (BARROSO, 2004, p. 32).

Ivo Dantas (1994, p. 56-57) acrescenta que foi a criação iugoslava que influenciou a Constituição portuguesa, tendo a última, por sua vez, servido de inspiração à brasileira. O autor anota também que tanto o sistema iugoslavo de então quanto o português eram dotados de tribunal constitucional, à diferença do que se dá com o sistema constitucional brasileiro.

Para José Afonso da Silva (2006, p. 48), a Constituição brasileira, ao inspirar-se no modelo português, perdeu boa oportunidade de ir além e de possibilitar, quanto à sua legitimação ativa, que seu controle fosse de manejo popular, tal como é na Alemanha.

Tendo recebido expressa previsão na Carta Constitucional de 1988, as omissões inconstitucionais têm sido estudadas de forma generalizada pela doutrina constitucionalista, ainda que, como se assinalou, o tema das omissões administrativas não tenha recebido maior desenvolvimento. Assim, "a Constituição de 1988 reconhece duas formas de inconstitucionalidades: a *inconstitucionalidade por ação* (atuação) e a *inconstitucionalidade por omissão* (art. 102, I, a, e III, a, b e c, e art. 103 e seus §§ 1º a 3º)" (SILVA, 2006, p. 47).

Dois foram os remédios jurídicos constitucionalmente consagrados para tratamento das omissões inconstitucionais: o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), para tutela incidental e concreta de direitos violados pela omissão e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), para a tutela abstrata da omissão, em via principal (BARROSO, 2004, p. 32). Também a argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, § 1º da Constituição e regulada pela Lei n. 9.882/1999, tem sido apontada como

instrumento para impugnação tanto de ato comissivo como omissivo que viole preceito fundamental (TAVARES, 2001, p. 217-220).

A inconstitucionalidade por omissão "verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais" (SILVA, 2006, p. 47). Flávia Piovesan (2003, p. 90) entende existir três espécies de omissão inconstitucional: decorrente de falta ou insuficiência de medidas legislativas, decorrentes de falta de adoção de políticas ou de governo e a decorrente de falta de medidas administrativas. É neste sentido que afirma Fábio Konder Comparato (1997, p. 356) ser "impossível, porém, não reconhecer que também em matéria de políticas públicas pode haver inconstitucionalidades por omissão".

Ramos Tavares (2001, p. 218; 219) vê no instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental uma reaproximação do descumprimento da Constituição com a inconstitucionalidade, ampliando os termos em que a última tem sido compreendida, acrescentando, como os demais autores, que é ínsito ao conceito de omissão o deixar de fazer "aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado", impondo-se "identificar e apartar adequadamente a norma constitucional cujo cumprimento é frustrado pela atitude negativa consistente no deixar de fazer".

Igualmente, Luís Roberto Barroso (2004, p. 31 ss) entende que usualmente a inércia não caracteriza comportamento inconstitucional, configurado apenas nos casos em que há imposição constitucional determinada, assegurando que "o instrumental desenvolvido para o combate às leis inconstitucionais – isto é, a atos comissivos praticados em desacordo com a Constituição – não tem sido suficiente nem adequado para enfrentar a inconstitucionalidade que se manifesta através de um *non facere*".

Ivo Dantas ensina que "determinada a obrigação de legislar-se sobre matéria constante de uma norma que não seja de 'eficácia plena', não o fazendo o órgão para tal

encarregado, configurada fica a omissão e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade" (1994, p. 56).

Note-se que os conceitos até agora examinados abrangem a omissão fática inconstitucional e os requisitos impostos à configuração da omissão inconstitucional de cunho legislativo podem ser também aplicados àquela decorrente de ato administrativo. Por esta razão, tomam-se os mesmos como premissa teórica da qual se parte para configuração da omissão fática inconstitucional e para exame das formas de controle de constitucionalidade adequadas à supressão desta forma específica de omissão. Assim, para configuração da omissão fática inconstitucional deve-se ter em conta:

- A omissão somente qualifica-se como inconstitucional se decorrente de inércia frente a uma imposição constitucional concreta e determinada de prestação fática, que caracterize uma violação negativa da Constituição;

- Por imposição constitucional concreta e determinada de prestação fática deve-se entender o dever que decorre de um direito consagrado pela Constituição e que implique, para seu cumprimento, em uma prestação fática positiva;

- Finalmente, a imposição constitucional concreta e determinada dá-se em relação aos efeitos que possam ser imediatamente exarados da norma constitucional consagradora do direito, seja por haver sido densificada por mediação do legislador ordinário – como já o foi grande parte dos direitos sociais –, seja por ser de aplicação direta e imediata, prescindindo de tal intervenção.

Diante disto, é possível afirmar que se constitui a omissão fática inconstitucional quando se constate inércia frente a um dever constitucionalmente determinado, de forma originária ou derivada, decorrente de norma que estabeleça um direito consistente em prestação fática positiva, pelo órgão do poder público encarregado de seu cumprimento.

Porém, em sentido diverso do que é conferido pela doutrina pátria, há quem repute não se poder falar em exercício de controle constitucional das inconstitucionalidades decorrentes de ato administrativo. Como assinala Canotilho (1999, p. 870), somente os atos jurídico-públicos "reentrantes no conceito de acto normativo" podem sujeitar-se à fiscalização de constitucionalidade, apesar de reconhecer ser "freqüentes os casos de inconstitucionalidade provocados por actos individuais e concretos da administração". Destarte, complementa o autor, em argumento que serve de estímulo à tese que aqui se defende, "a pressão da força normativa superior das normas constitucionais conduzirá a uma revisão da dogmática dos vícios dos actos administrativos e respectivo regime no caso de actos administrativos inconstitucionais", indagando se não seria legítimo "dar mais um passo" neste sentido (CANOTILHO,1999, p. 872).

É este passo a mais que se pretende dar, passo este que se julga dar em terreno sólido – embora ainda pouco conhecido – em vista de haver certo consenso doutrinário quanto à existência de inconstitucionalidade decorrente de omissão de atividade administrativa, conforme se demonstrou. Entretanto, impõe-se questionar até que ponto pode-se dizer que uma omissão administrativa inconstitucional pode ensejar controle de constitucionalidade.

Sabe-se que o controle de constitucionalidade dirige-se, originariamente, aos atos normativos, cujo conteúdo não pode afrontar a Constituição, em seus princípios e regras, e tampouco em seu aspecto formal, e que sua base repousa sob o princípio da "supremacia incontrastável da lei constitucional sobre as demais regras do direito vigente" (BONAVIDES, 2006, p. 296; NEVES, 1998, p. 63), que não admite relativização.

José Afonso da Silva (2006, p. 46) dá amplo contorno ao princípio da supremacia da Constituição, deslocando o controle da esfera estrita dos atos normativos para o das situações jurídicas e afirmando que "o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas

se conformem com os princípios e preceitos da Constituição". Esta visão ampliada do princípio da supremacia tem escopo na própria noção de Constituição:

> Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a idéia de um princípio supremo *determinando a ordem estatal inteira* e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender (KELSEN, 2003a, p. 130 – grifou-se).

A justificativa do controle de constitucionalidade, portanto, repousa na idéia de proporcionar à Constituição "a maior estabilidade possível, de diferenciar as normas constitucionais das normas legais, submetendo-se sua reforma a um procedimento especial que comporta condições difíceis de serem reunidas", repousa no reconhecimento da "distinção entre a forma constitucional e a forma legal ordinária" (KELSEN, 2003a, p. 131).

Logo, sem o controle, a existência de leis e atos normativos dissonantes com a Constituição, cuja validade não se pudesse impugnar, e cuja aplicação não se pudesse afastar, implicaria afronta à Constituição, mais ainda: a produção de efeitos pela norma inconstitucional levaria à derrogação da norma constitucional violada e, conseqüentemente, a própria supressão da idéia de supremacia da Lei Maior.

Insustentável esta situação, o controle de constitucionalidade exsurge da hierarquização das normas imposta pela supremacia da Constituição, restando nula a norma a ela antitética[148].

Daí surge a pergunta: a omissão fática inconstitucional pode implicar derrogação das normas constitucionais violadas pela inércia, exigindo, portanto, tal como se dá em relação às leis inconstitucionais, um controle de constitucionalidade que assegure a supremacia da Constituição?

---

[148] Não se pode olvidar que a técnica da declaração de nulidade não só não é única, como também não é a mais adequada em alguns casos (MENDES, 1999a, p. 49 e ss.), como é justamente o exemplo da inconstitucionalidade por omissão, seja normativa, seja fática.

Em consonância com o que se desenvolveu até aqui, a resposta é: *sim*. Em primeiro lugar porque as omissões sistemáticas frente às imposições normativas de prestações fáticas devidas pelo Estado conduzem à sua ineficácia. Ainda que não se tome a conseqüência mais grave, qual seja, a *invalidade* das normas jurídicas ineficazes (KELSEN, 1996; FERRAZ, 1994, p. 198; NEVES, 1988, p. 51), há que se concordar que a ineficácia das normas constitucionais corroem a sua força normativa e, como destacado na primeira parte deste trabalho, "o efeito integrador da Constituição pode transformar-se em seu contrário" (HESSE, 1997, p. 171). É interessante notar que esta preocupação diz antes respeito à impossibilidade de se gerarem pretensões individuais a prestações que decorrem do princípio do Estado Social.

Em um Estado cuja Constituição é intervencionista, a omissão sistemática das prestações sociais mais elementares pode também desfazer o *efeito integrador* da Constituição, ao dilapidar sua imperatividade e corroer sua força normativa.

Em segundo lugar, porque a omissão contumaz que torna ineficazes as normas constitucionais e as ameaça de invalidade configura verdadeira *mutação constitucional*, vez que impõe uma informal transfiguração do texto da Lei Magna, passando por cima do necessário "procedimento especial que comporta condições difíceis de serem reunidas" (KELSEN, 2003a, p. 131), cujo objetivo é justamente assegurar a estabilidade da Carta Constitucional e da ordem jurídico-política que ela visa a estabelecer. Por esta razão, a mutação constitucional "finda obnubilando a norma constitucional escrita, fragilizando a segurança do seu texto" e sujeitando o núcleo da Constituição a modificações sem quaisquer respaldos legais (AGRA, 2000, p. 116; 119).

De fato, as omissões inconstitucionais fáticas, até agora, operam verdadeira mutação constitucional, e justamente no núcleo inalterável da Constituição – vez que são os direitos sociais marcados pela fundamentalidade. Pode-se dizer que ela se manifesta, na experiência

dos países de modernidade periférica, pela emissão de textos constitucionais voltados à construção de um Estado democrático de direito que não resulta em uma concretização constitucional generalizada e relevante, apontando para o que, segundo Marcelo Neves (2006, p. 241; 256), é uma tendência de *desjuridificação fática* ou *desconstitucionalização fática* no processo concretizador do direito.

Por último, recorra-se à digressão da própria idéia de poder constituinte, entendido este como ato pelo qual "a personalidade do Estado se autodetermina" (BONAVIDES, 2006, p. 144), "superpoder" que sintetiza os valores fundantes da sociedade para os quais foi elaborada (DANTAS, 2001, p. 194) e que implica um processo permanente e renovado de legitimação da Constituição, sob pena de provocar sua erosão (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 168).

Ora, se a personalidade do Estado é forjada pelo poder constituinte, implica isto dizer que a supremacia da Constituição dá-se em relação à ordem estatal como um todo, não só submetendo, mas propriamente criando os poderes e as condições nos quais são exercidos. Assim, o princípio da supremacia da Constituição não implica tão-somente uma estrutura hierárquica das normas jurídicas. Sendo uma das manifestações do poder constituinte como poder soberano, ele também se converte em fórmula de legitimação do poder.

Logo, não somente a atividade legislativa deve estar submetida à Constituição – e portanto ao controle de constitucionalidade –, mas todos os poderes públicos que tem seu poder constituído pela Carta Magna, fonte mesma deste poder, e razão pela qual todo seu exercício deve dar-se em sua consonância. Portanto, refaz-se a pergunta acima feita: qual é a diferença qualitativa que justificaria a disparidade de tratamento em relação aos atos inconstitucionais normativos e aos demais atos de poder inconstitucionais, submetendo os primeiros ao controle de sua constitucionalidade e os outros, não?

Ao fim e ao cabo, o que submete as leis a um controle de constitucionalidade não é a sua forma normativa ou a estrutura hierárquica que o edifício jurídico assume, pois que esta corresponde apenas a uma feição do complexo fenômeno do poder soberano como poder constituinte, mas sim justamente à *submissão de todo e qualquer ato dos poderes constituídos à Constituição.*

Por tudo isto, reitera-se que as omissões fáticas inconstitucionais devem ser resguardadas pelo controle da constitucionalidade que, como se disse, determina a ordem estatal inteira, nisto incluindo a atividade administrativa, que deve ater-se à Constituição, sob pena de inadmissível derrogação das normas constitucionais que lhe são dirigidas pelo comportamento contrário, comportamento este que, se fosse insindicável, superpor-se-ia à Constituição.

Logo, como conclusão deste tópico pode-se dizer haver duas espécies de omissão inconstitucional: *legislativa* e *fática*. Ambas são sindicáveis por via de controle de constitucionalidade; porém, por meios distintos, a fim de atender às exigências materiais de cada espécie. A isto se vai retornar no próximo item, analisando-se antes o posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente à sindicabilidade de atos materiais.

3.2.1.1. Controle constitucional dos atos administrativos: posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Até data recente, vinha o Supremo Tribunal Federal julgando não caber ação direta de inconstitucionalidade para fiscalização de atos administrativos em sentido material, ainda que sob a forma de leis de efeito concreto (MENDES, 1999, p. 161-162). De fato, assim entendia o STF, em decisão de 1991, por ocasião do julgamento da ADIN 647-9[149]:

> Não se presta ela [ADIN], portanto, ao controle de constitucionalidade de atos administrativos que tem objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei – as leis meramente formais, porque tem forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinem relações jurídicas em abstrato (Ministro Moreira Alves, Relator).

[149] ADIN 647-9, julgada em 18.12.1991, Relator Ministro Moreira Alves.

Ainda:

> Objeto do controle normativo abstrato, perante a Suprema Corte, são, exclusivamente, atos normativos federais ou estaduais. Refogem a essa jurisdição excepcional de controle os atos materialmente administrativos, ainda que incorporados ao texto de lei formal (Ministro Celso de Mello).

Este julgamento – que pode ser considerado *leading case* no tocante à impossibilidade de se conhecer, em sede de controle abstrato, atos de efeito concreto, ainda que sob forma de leis – entretanto, chama atenção por aspecto que até o momento não mereceu devido destaque pela doutrina e que, quiçá, tenha sido determinante na interpretação dada pela Corte a casos do gênero. No caso em tela, ação de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional da Agricultura contra o Presidente da República e o Congresso Nacional, o que se pleiteava era a inaplicabilidade da lei impugnada a uma situação de fato específica, configurando, portanto, a utilização desta ação para defesa de direito subjetivo, como então ressalvaram os Ministros Sepúlveda Pertence e Célio Borja em seus votos, o que de fato, nem à época, nem hoje, pode ser admitido.

A jurisprudência do STF vinha, desde então, sendo desenhada naqueles moldes. Em julgamentos recentes, porém, o Tribunal houve por bem rever esta posição. No julgamento da ADIN 2925-8[150], proposta pela Confederação Nacional do Transporte, a fim de impugnar lei orçamentária, amplo debate foi travado acerca do cabimento de atos administrativos em sentido material (sob a forma de leis de efeito concreto) como objeto de conhecimento em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Desta discussão, comentam-se alguns dos trechos significativos para alteração da orientação jurisprudencial.

Analisando os precedentes, o Ministro Sepúlveda Pertence revela seu desconforto em relação à jurisprudência que vinha se construindo, sobretudo em vista do que veio a

[150] Julgada em 19.12.2003, Relatora Ministra Ellen Gracie.

suceder como decorrência do não conhecimento daquelas ações pela Corte Suprema[151]. Enfim, parece sintetizar o sentimento que norteou a guinada hermenêutica a afirmação feita pelo Ministro Maurício Corrêa de que "estamos vivendo novos tempos".

Embora esta ampliação do objeto do controle abstrato, admitindo o julgamento de leis de efeito concreto, tenha se dado antes por reconhecer nas mesmas generalidade e abstração do que por se admitir propriamente o controle de atos administrativos[152], este julgado implicou um significativo avanço em relação à posição anterior da Corte, ao menos em dois aspectos.

O primeiro disse respeito ao reconhecimento de que a exclusão da lei orçamentária (ato de efeito concreto) em apreço da égide do controle de constitucionalidade acabaria por conferir àquele ato um "bill de indenidade"[153], imunizando o ato frente à Constituição[154], implicando, em última instância – e de acordo com o que aqui se explicitou – a admissão de uma mutação constitucional, passível que estaria a Carta Maior de ser violada impunemente[155].

O segundo, em relação propriamente à admissão de atos de efeito concreto, ressalva feita pelo Ministro Gilmar Mendes, que manifestou reservas em relação à jurisprudência que se havia assentado até aquele momento. Em ocasião posterior[156], o mesmo Ministro afirmou que o STF estava "a integrar o próprio ato concreto", suspendendo, portanto, "o ato constante

---

[151] Refere-se o Ministro explicitamente ao caso da autorização para destinar parte da arrecadação da CPMF para cobrir débitos do Ministério da Saúde com o FAT, ADIn que não foi conhecida pelo STF.

[152] Ressalvou o Ministro Carlos Velloso: "Evidentemente que não estou mandando o Governo gastar. A realização de despesas depende de políticas públicas", consignando restar esta uma seara ainda "intocável". Ementa: "PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORÇAMENTÁRIA. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta" (ADIN 2925-8, julgada em 19.12.2003, Relatora Ministra Ellen Gracie).

[153] A expressão é do Ministro Marco Aurélio, à qual fez referência também o Ministro Sepúlveda Pertence: "É preciso, pelo menos, fazer algum *distinguo*, senão, estamos dando uma carta de indenidade a toda a legislação orçamentária".

[154] Disse o Ministro Carlos Ayres Britto: "Imunizar a lei orçamentária contra o controle abstrato, acho um pouco temerário, também, ou seja, vamos blindar a lei orçamentária contra o controle objetivo de constitucionalidade".

[155] Acrescentou o Ministro Marco Aurélio que a exclusão do objeto da seara do controle concentrado implicaria admitir a mutação da Constituição: "Seria tornar a nossa Carta da República flexível, passível de modificação por uma lei orçamentária".

[156] ADIN 3578-9, medida cautelar julgada em 14.09.2005, Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

do edital, e não o ato normativo", situação que se encaminhava no sentido desenvolvido doutrinariamente por ele:

> Ressalte-se que não se vislumbram razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, *até por que abstrato – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade* (MENDES, 1999b, p. 163 – grifou-se).

Até agora, porém, os argumentos foram esgrimidos quanto a um controle de constitucionalidade por via de ação direta de inconstitucionalidade. Por isto, procede a observação de André Ramos Tavares (2001, p. 205), para quem tais argumentos "são plenamente aplicáveis ao caso da ação direta de inconstitucionalidade, mas já não se prestam para vestir a teoria da argüição de descumprimento de preceito fundamental", abrindo exceção que se aplica aos outros modos processuais de defesa da Constituição, para além do nominado instituto.

A observação feita remete à questão processual, portanto, vez que é sim possível pensar-se em formas outras de controle de constitucionalidade dos atos administrativos, bem como o de sua omissão inconstitucional, que não a da ação direta de inconstitucionalidade, mormente agora, quando até mesmo esta via hermética tem tido interpretação recente mais arejada e aberta, ainda que timidamente, ao controle dos atos materiais da administração, sob a égide das leis formais. Com acerto alerta Tavares (2001, p. 212) que "a fobia quanto à averiguação de fatos em um controle concentrado de constitucionalidade merece ser eficazmente combatida. É doença grave de que padece a maioria das doutrinas desenvolvidas". Para ele, a aferição de constitucionalidade necessariamente deve levar em consideração fatos e comportamentos materiais pertencentes ao mundo do ser, podendo-se "verificar que as circunstâncias concretas, os fatos da vida, são, em larga medida, apreendidos pelo Supremo Tribunal na avaliação da constitucionalidade das leis".

Este parece ser também o entendimento de Ivo Dantas (2003, p. 324) que, ao defender a impetração de mandado de segurança contra atos inconstitucionais, expressa que "sua utilização presta homenagem à Constituição atacando *ato concreto* que não a respeitou" (grifou-se).

De fato, mesmo em sede de controle abstrato de normas, os atos materiais não somente informam, como também são objeto de julgamento. Por outro lado, o fato de estar-se "vivendo novos tempos", nos quais não se admite a permanência da ação ou a inação administrativa inconstitucional impune, implica ao Judiciário a assunção da tarefa de garantir a supremacia constitucional da "ordem estatal inteira". Não mais são admissíveis exclusões arbitrárias, tendo-se em vista a separação e a interdependência de cada um dos poderes do Estado, não se justificando que um se submeta e outro, não.

Parece, assim, que se esboça tendência em direção ao controle constitucional dos atos administrativos, superados injustificados temores de distorções anti-democráticas – para as quais deve o olhar estar sempre atento – e deitadas as raízes da consciência constitucional.

3.2.2. Controle de constitucionalidade por omissão legislativa e por omissão fática: um paralelo a partir do Direito Processual Constitucional

Anteriormente, analisaram-se os aspectos similares entre as omissões legislativas e administrativas, a fim de verificar-lhes a inconstitucionalidade, sob as mesmas características de inércia frente a uma imposição constitucional determinada.

Devem agora ser realçadas suas dessemelhanças, levando-se em consideração que, se é certo existirem diferenças quanto aos aspectos materiais da omissão fática e legislativa, igualmente certo é que estas diferenças ampliam-se no plano processual.

E isto porque, embora possam as omissões fáticas e legislativas assentar sobre a mesma base constitucional e alçar seus fundamentos sob perspectivas semelhantes, é sensivelmente distinto o tratamento que ambas devem merecer do ponto de vista processual,

para que possam surtir efeitos. Apesar de ambas implicarem tutela de um agir positivo, de um *præstare*, os meios específicos destinados ao adimplemento de uma e outra não são equivalentes. A começar pelo próprio delineamento dado aos dois institutos originalmente criados pela Constituição de 1988 para suprir as omissões inconstitucionais, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

No primeiro caso – o mandado de injunção – o próprio texto constitucional favoreceu a interpretação conservadora de seu objeto, vez que fez referência à "falta de norma regulamentadora"[157], facilitando assim uma hermenêutica excludente dos atos administrativos do abrigo da norma, o que levou a se entender que a falta de atuação administrativa não enseja o mandado de injunção (TEMER, 2000, p. 206; CLÈVE, 1999, p. 368)[158].

No segundo – ação direta de inconstitucionalidade por omissão –, firmou-se entendimento que, embora não tenha buscado guarida propriamente na literalidade do texto da norma[159], acabou surrupiando igualmente o abarcamento dos atos administrativos que, por fim, nem de forma difusa, nem de forma concentrada, acharam amparo no controle de constitucionalidade:

> A censura da omissão de medidas de cunho não normativo, especialmente das que implicam a atuação material do Estado envolvendo a organização de determinados serviços, a alocação de recursos, ou a construção de obras, *não será feita por meio de ação de inconstitucionalidade por omissão, podendo, eventualmente, desafiar outras modalidades processuais, inclusive as ações coletivas e, especialmente, a ação civil pública*. Entretanto, esse tipo de omissão nem sempre dispõe de remédio na farmacologia jurídico-processual, reclamando às vezes suprimento por meio da atuação política (CLÈVE, 1999, p. 344 – grifou-se).

[157] Art. 5º, LXXI, CF: "Conceder-se-á mandando de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

[158] Convém, porém, ressalvar que a análise presente restringir-se-á à não utilização dos mecanismos de proteção contra omissões inconstitucionais para os atos materiais da administração. Nem se cogite o fato de terem sido os mesmos mecanismos inúteis também para a proteção das próprias omissões legislativas, tema que, alvo contínuo de fundada crítica na literatura jurídica, não será, entretanto, objeto de atenção no momento.

[159] Art. 103, §2º, CF: "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias".

Destaque-se que isto a despeito de haver um reconhecimento explícito da maior complexidade no suprimento da omissão legislativa do que da omissão fática (SILVA, 1989, p. 26).

O fato de consistir a prestação faltante em lei tem peso especial, visto as peculiaridades decorrentes do ato político ínsito à liberdade de escolha do legislador. De fato, em sendo lei a prestação em face da qual se dá a inércia do Poder competente, a especificidade do objeto material a ser tutelado processualmente implica dificuldades que não estão presentes quando da tutela da *omissão fática* inconstitucional frente à uma obrigação estatal definida, seja diretamente pela Constituição, seja mediatamente, por norma regulamentadora.

Fica assente que, na segunda hipótese – omissão fática –, a margem de discricionariedade do julgador que tutela o pedido de supressão da omissão, resta muito diminuída – ainda que mais ampla do que se dá na jurisdição de cunho ordinário – se comparada àquela requerida para tutela da omissão de cunho normativo. Mesmo porque, conforme se estabeleceu, a omissão inconstitucional administrativa somente se configura diante de um dever concreto de prestação fática positiva, vale dizer, diante de norma constitucional diretamente aplicável ou densificada por legislação infraconstitucional, o que seguramente contém a atividade decisória em norma cujos contornos são mais facilmente palpáveis e demarcáveis.

Isto se obviou de tal forma que a interpretação primeira que se estabeleceu acerca da norma que dispõe sobre o mandado de injunção tenha se dado no sentido da inexistência de assinalamento de qualquer prazo para suprimento da omissão por parte do Legislativo (PIOVESAN, 2003, p. 121), ao mesmo tempo em que se entendia que “Tratando-se, porém, de medida que deveria ter sido tomada por órgão administrativo (seja do Executivo,

Legislativo ou Judiciário), a ordem judicial fixará o prazo de 30 dias para que se a tome" (TEMER, 2000, p. 52).

Naturalmente que se pressupôs aí um mero "agir autômato", o que está longe de espelhar a realidade. De qualquer sorte, há que se reconhecer ser menor a complexidade para supressão da omissão do ato administrativo determinado em relação à omissão legislativa, que exige juízo de consideração política de maior monta.

Mesmo assim, os problemas concernentes à discricionariedade existem, também, além de outras dificuldades específicas inerentes a este prestar, tal como alocação de recursos, etc. Porém, do ponto de vista processual, a tutela dos direitos sociais, na qualidade de tutela de omissão fática positiva, mostra-se sensivelmente mais tangível do que a propiciada pela tutela de omissão legislativa. Além disto, há outro fator não pode ser desconsiderado: passadas quase duas décadas, as necessidades que a Constituição impõe à sua efetividade mudaram[160], mudança esta que se faz e se fará sentir no processo constitucional.

Na data da promulgação da Constituição, competia ao Legislativo a elaboração de duzentas e quarentas e duas normas regulamentadoras (PIOVESAN, 2003, p. 121). Hoje, ao contrário, em vista do fato de se haver integrado a maior parte dos direitos sociais previstos pelo art. 6º da Constituição por legislação infraconstitucional, "a função de implementação, hoje, cabe muito mais aos administradores, do que aos legisladores" (FRISCHEISEN, 2000, p. 83).

Tudo isto impõe especial sensibilidade ao jurista, atento que deve estar à demanda social e jurídica circundante. Não é à toa que a doutrina vem, de forma ainda tímida, mas crescente, mudando o foco de sua atenção para a concretização das políticas públicas, buscando formas de tutela que impliquem o *facere* omisso. Ela está, conscientemente ou não,

[160] Faz-se referência à mudança do entorno e não à mutação constitucional.

compreendendo que a necessidade de adimplemento dos direitos fundamentais está mudando de perfil.

Claro, não há negar-se, o tema das omissões administrativas restou, comparativamente, escanteado. A jurisprudência satisfez-se em tolher-lhe o abrigo das normas pertinentes, decidindo não se aplicarem e, quiçá em razão disto, a doutrina também não lhe conferiu maior atenção, mesmo porque o tema das omissões legislativas parecia ser prioridade quanto à implementação dos direitos fundamentais, após a promulgação da Carta.

Porém, se o processo deve estar atento às exigências do direito material a tutelar, não poderão passar despercebidas as mudanças mencionadas, devendo ele mostrar-se apto a respondê-las. Assim, um Direito Processual Constitucionalmente adequado a satisfazer as pretensões relativas aos direitos fundamentais, mormente os sociais deverá apropriar-se da trajetória que o Direito Processual Constitucional desbravou até então. Com isto se quer fazer a defesa peremptória da formação de uma consciência voltada à observância do Direito Processual Constitucional, empreitada que se acredita mais fácil a partir do exame dos exemplos que seguem.

3.2.2.1. O Direito Processual Constitucional é indispensável à adequada tutela dos direitos fundamentais: análise de alguns exemplos

O Direito Processual Constitucional, conforme se assinalou acima, decorre da preocupação – inerente ao acesso à justiça – de imprimir adequada tutela aos direitos constitucionais, o que não se mostra possível diante do apelo de autonomia da jurisdição constitucional face ao Direito Processual comum.

Os exemplos que se tomam a seguir, longe de esboçar qualquer pretensão exaustiva, dirigem-se a esboçar o acerto da primeira posição, em vista das conseqüências que podem resultar do afastamento das regras e princípios do Direito Processual. Igualmente, eles permitem pensar o desenvolvimento de técnicas de tutela das omissões administrativas,

movendo-se pelo ímpeto de evitar modelos teóricos e judiciais que já deram prova de sua insuficiência[161].

Tome-se, inicialmente, o desenvolvimento jurisprudencial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, especialmente no julgamento da ADIN-MC 1458-7[162], o qual se pode dizer firmou as bases do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão no direito pátrio, se não por ineditismo, pela força dos argumentos desenvolvidos e mostrou contornos que merecem ser explorados, a fim de reafirmar a necessidade de consolidação de um Direito Processual Constitucionalmente adequado. Naquela ocasião, dizia o Ministro Celso de Mello:

> O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita norma em desacordo com a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere*, gera, mediante violação positiva, a inconstitucionalidade por ação. Pode ocorrer, no entanto, que o Poder Público deixe de adotar as medidas que sejam necessárias para tornar efetivos, operantes e exeqüíveis os próprios preceitos da Constituição. Em tal situação, o Estado abstém-se de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs. Desse *non facere* ou *non præstare*, resulta a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público (MELLO, ADIN-MC 1458-7, 1996).

A ação, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde face ao Presidente da República e ao Congresso Nacional, visava à declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da medida provisória que estabelecia o salário

[161] O próprio o Supremo Tribunal Federal avançou quanto à sua posição originária acerca do mandado de injunção: "Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e ao Presidente da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência da lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável". MI 283-5, julgado em 20.03.1991, Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

[162] Julgada em 23.05.1996, Relator Ministro Celso de Mello.

mínimo, em razão da insuficiência do valor definido para atender à imposição prevista no art. 7º, IV, da Constituição.

Após analisar os índices de atualização monetária, a justificativa material do voto conclui pela inadequação do índice eleito pela medida provisória impugnada, compreendendo, da forma mais acertada, que a insuficiência do valor do salário mínimo configurava claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição, em vista do dever do legislador de atuar como sujeito concretizante do postulado constitucional, arrematando que "a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da constituição" (MELLO, ADIN-MC 1458-7, 1996).

Assim, e embora a justificativa material do voto tenha reconhecido a presença dos pressupostos de configuração da omissão inconstitucional, em relação à parte processual do voto, decidiu:

> Na realidade, o reconhecimento formal do estado de omissão inconstitucional imputável ao Poder Público somente pode gerar, nos precisos termos do que prescreve o art. 103, § 2º, da Carta Política, mera comunicação, ao órgão inadimplente, de que este se acha em mora constitucional.

Esta interpretação quanto aos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão – aos quais foram equiparados os do mandado de injunção – que predominou, transformou o instituto em inútil, do ponto de vista jurídico, no sentido de não resultar qualquer interesse jurídico atendido, mesmo em caso de procedência do pedido.

Afinal, se é certo que o interesse para agir não pode ser pensado nos moldes liberais individualistas como condição de uma ação que não atende ao perfil subjetivista ordinário (tal como sucede no processo objetivo de averiguação de constitucionalidade), igualmente certo é que o interesse para agir deve existir sim, significando um resultado jurídico que se pode produzir com aquela ação.

Como condição da ação, o interesse para agir implica a escolha da via processual adequada à obtenção do resultado pretendido (CINTRA *et al*., 1999, p. 257). Como

contrapartida da prestação jurisdicional estatal, o "outro lado da moeda" do interesse para agir consiste em que a *tutela efetivamente tutele*, ou seja, como muito bem pontuou Cândido Dinamarco (1993, p. 175), que algum resultado jurídico possa ser obtido em caso de procedência da ação. Caso contrário, em sendo a ação juridicamente inútil, que interesse subsiste na obtenção da prestação jurisdicional estatal?

A respeito, vale a inteligência da crítica de Barbosa Moreira (1990, p. 11):

> Conceber o mandado de injunção como simples meio de apurar inexistência de 'norma reguladora' e comunicá-la ao órgão competente para a edição (o qual, diga-se entre parênteses, presumivelmente conhece mais do que ninguém suas próprias omissões...) é reduzir a inovação a um sino sem badalo. *Afinal, para dar ciência de algo a quem quer que seja, servia – e bastava – a boa e velha notificação*.

Mas o aspecto que merece ser explorado, consoante o que se determinou acima, não é tanto o da inutilidade que se emprestou ao instituto, mas o fato de que, dadas as condições postas na demanda, poucas opções havia de ter tido a mesma destino diferente do que recebeu, em vista dos contornos da peça inicial impugnatória. Consistia o pedido – em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, relembre-se – na suspensão liminar da norma impugnada, para, alternativamente, fosse determinado o imediato reajuste do salário mínimo por índice que mantivesse sem perdas o poder aquisitivo do mesmo ou que se aplicasse idêntico índice dos benefícios da Previdência Social.

Ora, o pedido de suspensão da norma somente teria coerência lógica com uma ação cujo objeto fosse a impugnação de uma inconstitucionalidade positiva, e não negativa! Assim, caso tivesse o pedido acolhida parcial, suspendendo-se a eficácia da medida provisória impugnada, sem que se fizesse acompanhar dos pedidos alternativos (que, convém dizer, pouca segurança quanto ao seu acolhimento poderia haver), ter-se-ia como esdrúxulo resultado da procedência parcial a suspensão da medida provisória e o retorno do valor do salário mínimo ao anterior à edição da medida; *reduzido*, portanto.

Sem fugir ao princípio da congruência entre a demanda e a prestação jurisdicional, segundo o qual a decisão não pode ficar além, aquém ou decidir diferentemente do que foi delimitado na petição, era impossível obter-se qualquer resultado louvável naquela ação, o que talvez explique o impressionante descompasso entre as partes material e processual do *decisum*. Tal observação visa contextualizar o que se vem dizendo acerca do fortalecimento de uma cultura processual constitucional. Este é um exemplo do quanto a desconsideração dos aspectos processuais pode, neste caso literalmente, voltar-se contra o próprio objeto pretendido. Ainda, sobre a congruência entre o pedido e a decisão, veja-se julgado do STF:

> O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado; *mas, no pedido para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa*, com ciência ao órgão competente para que a supra (grifou-se)[163].

Como se vê, a fim de aparentar atender o princípio da congruência, o Tribunal Supremo estabeleceu uma "continência", esgrimindo o argumento de que o pedido de declaração de inconstitucionalidade por omissão estava contido no pedido – completamente diferente – formulado pela parte. Com isto, alterou o pedido e, portanto, os limites objetivos da demanda, o que, àquela altura, não era sequer lícito à parte fazer, visto que a congruência entre pedido e decisão existe justamente porque a prestação jurisdicional não pode ser exercida fora dos limites em que foi provocada, nisto residindo a inércia, a fim de não comprometer a necessária imparcialidade objetiva do julgamento.

Configura-se o caso, afora a aparência de legalidade que se buscou imprimir, verdadeira aberração processual, que atenta não somente contra o princípio da congruência, mas também contra o princípio da inércia e da imparcialidade, no que lhe correspondem. Este *pacto tácito de mutilação do processo constitucional* não pode vingar: de fato, as mesmas

---

[163] MI 168-5, julgado em 21.03.1991, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. No mesmo sentido: MI 283-5, julgado em 20.03.1991, Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

razões que justificam a especial atenção ao objeto material tutelado pelo processo constitucional, reafirmam, e com convicção, o prejuízo que resulta da autonomização da jurisdição constitucional face às regras do Direito Processual, mormente quando se está diante de institutos novéis e de difícil hermenêutica, hipótese em que a insegurança jurídica inerente à originalidade da situação deve ser compensada através do respeito à formalidade processual cuja tradição seja reconhecida, *no que for pertinente*.

No mesmo sentido expressam-se os exemplos quanto à discussão acerca do caráter mandamental do mandado de injunção, que chegou mesmo a ser pano de fundo da divergência em torno ao instituto (BARROSO, 2004, p. 97; 105), transformando-se em mote da eficácia apequenada que lhe foi atribuída. Com base no caráter mandamental do instituto – e negando-se natureza constitutiva do mesmo (com o que se concorda firmemente) – chegou-se à *paradoxal* conclusão de que o mesmo não legitimaria "a veiculação de provimentos"[164] destinados a suprir a abstenção inconstitucional, conclusão da qual se discorda firmemente (STF, DJU, 1º fev. 1990, p. 280, MI 191-0-RJ, rel. Min. Celso de Mello).

Embora o mandado de injunção tenha recebido orientação jurisprudencial posterior diversa[165] que lhe conferiu maior eficácia, cumpre aqui apenas referir que a mandamentalidade do instituto não poderia ser tida como óbice à sua efetividade, visto que, reconhecida a eficácia da norma constitucional (constituída no plano constitucional), competiria ao Judiciário *ordenar* à entidade *pública ou privada* que atendesse ao preceito constitucional cujo gozo estivesse inviabilizado.

---

[164] O paradoxo consiste no fato da evidente vinculação de provimentos que decorre da tutela mandamental, que não se limita a declarar ou a condenar, mas propriamente *ordena* obediência do demandado ao preceito judicial. Como demonstra Ovídio Baptista da Silva (2000, p. 349), assentado no princípio da rigorosa separação entre a certeza proporcionada pela atividade declaratória e a executoriedade decorrente do temor de exacerbação da ingerência estatal frente aos direitos de liberdade que norteou filosofia jurídica do séc. XVIII determinou que o processo brasileiro, herdeiro das concepções européias, se despisse de intrumentos que tivessem atuação sobre a vontade autônoma do demandado, tida a última como sendo impassível de sujeitar-se ao poder estatal. Nesta soma de elementos encontram-se as raízes do profundo preconceito e, em alguns casos, categórica negação da mandamentalidade das ações mandamentais (inclusive no mandado de segurança!), reduzidas a ações declaratórias de cunho meramente dispositivo.

[165] MI 283-5, julgado em 20.03.1991, Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

O problema residia, portanto, no *reconhecimento da eficácia da norma* e não na natureza processual do mandado de injunção. Aliás, José Afonso da Silva afirma (2006, p. 268) adverte para que a expressão "falta de norma reguladora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais" não deve conduzir ao equívoco de induzir que os mesmos "dependam de normas reguladoras para serem viáveis". E isto porque as normas de eficácia contida têm *aplicabilidade direta e imediata*, pois que a lei regulamentadora *não visa integrar sua eficácia*, mas, ao contrário, *restringir-lhe*.

Assim, de um lado, o problema consistiu em que o STF interpretou as normas como *destituídas de auto-aplicabilidade* e, de outro, em razão de um preconceito muito em voga naquela época, segundo o qual *a natureza mandamental não se aplicava a entidades privadas*[166]; preconceito que hoje encontra-se devidamente superado, inclusive em razão das reformas processuais em torno ao instituto da tutela inibitória prevista no art. 461 do CPC.

O mais interessante deste exemplo, porém, é, mais uma vez, a forma como a ação constitucional foi delineada pela parte autora. Em razão do supracitado preconceito, talvez se explique a configuração do pólo passivo dos mandados de injunção propostos quase sempre contra o Congresso Nacional e o Presidente da República, em vista da omissão do dever de legislar. Não é de surpreender que o instituto tenha, àquela ocasião, se convertido em uma ação de inconstitucionalidade por omissão, *em vista do próprio pedido formulado pela parte*. Se se tivesse atentado a uma regra processual bastante simples – a que disciplina a cumulação de pedidos – talvez se tivesse permitido ao Tribunal uma solução mais razoável. Afinal de contas, como é possível a cumulação de pedidos completamente divergentes como a obrigação de legislar *e* a obrigação de cumprir o preceito constitucional inviabilizado em relação a partes completamente distintas (Congresso Nacional e Banco Banespa,

[166] Tome-se como exemplo o veto do Presidente da República Fernando Collor de Melo à previsão de mandado de segurança contra particulares contido no art. 85 do CDC, cujo do texto vetado previa "Contra atos ilegais ou abusivos de pessoas físicas e jurídicas que lesem direito liquido e certo, individual, coletivo ou difuso, previsto neste código, caberá ação mandamental que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança". As razões do veto calcavam-se no fato de que aqueles institutos teriam por objetivo "atos de agentes do Poder Público".

exemplificativamente)? É de se admitir que as próprias ações tenham sido propostas de forma a se levar àquela conversão a qual se fez referência, além de se haver facilitado a exclusão das partes a quem competia tão simplesmente a obediência ao preceito constitucional cujo gozo estivesse inviabilizado à autora da formação do anômalo litisconsórcio.

Enfim, não se esqueça que formalidade e formalismo são expressões quase antagônicas. Ao passo que o último configura-se pela exacerbação da forma pela forma, opondo-se aos objetivos últimos do aceso à justiça, a primeira representa a formalização de garantias historicamente adquiridas, moldadas num processo de tensão entre as racionalidades material e formal, dos grupos sociais e econômicos dominantes e dominados, espelhando, não apenas, mas também, as conquistas jurídicas de uns e outros, o que se vê, especialmente, no caso dos direitos fundamentais (LINS, 2001).

Com isto não se quer dizer que a originalidade dos novéis institutos deva ser sacrificada. Antes o oposto! Quer-se dizer que a formalidade processual não deva, também, ser mutilada desnecessariamente, devendo o Direito Processual nortear a generalidade dos processos, afastando-se apenas nos casos em que a especificidade da matéria ou do instrumento não se mostrar compatível.

3.2.3. O controle de constitucionalidade difuso e a participação democrática na concretização constitucional

Como se viu, os atos administrativos não encontraram guarida, nem do ponto de vista doutrinário, nem jurisprudencial, junto aos institutos processuais constitucionalmente criados para supressão das omissões dos Poderes Públicos – mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão –, restritos que ficaram às omissões legislativas, tendo restado os primeiros, desta perspectiva, sem forma prevista de sindicância de constitucionalidade, fosse difusa, fosse concentrada. Entretanto, a plasticidade do sistema

difuso de controle de constitucionalidade e a regulamentação de novos instrumentos constitucionais de cunho processual possibilitam leque de alternativas processuais à disposição das partes.

No plano concentrado, a argüição de descumprimento de preceito fundamental tem sido apontada como instrumento apto a permitir a tutela dos atos administrativos, inclusive do descumprimento da constituição que decorre da inércia da Administração (TAVARES, 2001, p. 205-208; 211-214). Diante disto, é de se avaliar as vantagens do controle abstrato de constitucionalidade, em especial a unicidade decisória que dele decorre, com conseqüente coibição de decisões contraditórias que podem ameaçar a supremacia da Constituição e que é inerente ao seu caráter abstrato e, em especial, à eficácia *erga omnes* da decisão, inovação trazida pela EC n.45/2004 e que se estende à argüição autônoma de descumprimento de preceito fundamental (TAVARES, 2001, p. 382).

Porém, há que se ponderar que a eficácia oponível a todos só ocorre quando o controle tem como objeto lei ou ato normativo. Não se cogita de eficácia absoluta quando de verificação de inconstitucionalidade *in concreto*, mas apenas quando a mesma dá-se em tese (SILVA, 2006, p. 55). Ora, disto decorre que a verificação da inconstitucionalidade não se diferencia quanto à adoção da via direta ou incidental, em relação à eficácia *erga omnes*, no tocante ao controle das omissões administrativas, uma vez que esta se dá sempre em concreto, necessariamente dirigida à situação fática em que se vislumbra a omissão.

Porém, se reconhecida eficácia absoluta no controle abstrato das omissões administrativas, outra questão seria a desnecessidade de repetirem-se ações análogas, aproveitando-se a declaração de inconstitucionalidade da omissão de medida fática para propositura de diversas ações de execução, poupando-se a fase cognitiva, de antemão reconhecida em ação dotada de eficácia *erga omnes* e vinculante.

Esta sim seria vantagem significativa do controle concentrado das omissões administrativas. Deste tema, porém, apesar do extremo interesse que suscita, deixa-se apenas a interrogação, instigando a que se dignem respondê-la.

Favoravelmente à criação de um sistema concentrado para o exercício do juízo de constitucionalidade das políticas públicas, Fabio Konder Comparato (1997, p. 357) alega que as políticas públicas são sempre decididas e executadas no nível mais alto da instancia governamental. Contudo, há que se ressalvar como principal desvantagem da via concentrada de controle das omissões administrativas, possibilitada pela argüição de descumprimento de preceito fundamental, *a limitada participação popular na concretização constitucional* tendo em vista a restritiva legitimação ativa que, ao final, impôs-se ao instituto.

O projeto de lei que originalmente previa ampla legitimação para agir ("Art. 2º Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental: II – qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público") recebeu veto presidencial que findou reduzindo o rol de legitimados àquele restrito para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, razão pela qual se afirmou ter o instituto recebido contornos mais de avocatória do que de ação do cidadão (BINENBOJM, 2001, p. 189 ss; MORO, 2004, p. 308; STRECK, 2004, p. 827 ss).

Esta é também a posição de Sergio Moro (2004, p. 308 ss), cuja análise da tendência de fortalecimento do modelo concentrado de controle constitucional configura clara ameaça à democracia e que vê na argüição de descumprimento de preceito fundamental "um desvio legislativo na regulamentação do que se esperava fosse uma ação ou recurso do cidadão", acrescentando que "objetivo é instituir mecanismos que garantam a rápida solução de controvérsias constitucionais, por meio de sua submissão imediata ao STF" (2004, p. 309).

A verdade é que "o controle incidental ainda é a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais" (BARROSO, 2004, p. 71),

restando o mesmo, ademais, quanto ao resto, completamente alijado de participação. Neste sentido, afirma Paulo Bonavides (2006, p. 308) que o controle abstrato não parece ser adequado a resguardar os direitos fundamentais, que encontram melhor remédio, do ponto de vista da eficácia, no controle incidental, denunciando, ainda, o "preconceito antidemocrático de não consentir ao cidadão a possibilidade de desfazer por sua iniciativa mesma aquilo que foi obra do legislador".

O fato é que a relevância da abertura dos legitimados a participar do processo de concretização da constituição reside, para além da possibilidade de defesa do direito individual lesado ou ameaçado, na garantia do pluralismo da interpretação constitucional, uma vez que a participação dos indivíduos e grupos, juntamente aos órgãos estatais, configura "uma excelente e produtiva forma de vinculação da interpretação constitucional" (HÄBERLE, 2002b, p. 18; 17).

Por outro lado, a restrição do círculo de intérpretes da Constituição em nada favorece à superação da "persistência de privilégios e 'exclusões' que obstaculizam a construção de uma esfera pública universalista como espaço de comunicação entre iguais", agravando o quadro em que "predomina a 'exclusão' de grandes parcelas da população e, portanto, não se constrói uma esfera pública pluralista fundada a generalização institucional da cidadania" (NEVES, 2006, p. 246; 239).

De fato, a configuração de um Estado Democrático de Direito implica a participação da esfera pública, que assume o papel de exercer pressão e tematizar eficazmente os seus problemas, buscando reconhecimento tanto dos órgãos estatais quanto de outros grupos sociais:

> Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem que reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los e a identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e *eficaz*, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar (HABERMAS, 1997b, p. 91).

Aqui se permite interpretar que a assunção dos problemas "tematizados e dramatizados" se dê pelo Estado, no sentido ampliado (sociedade civil x sociedade política), inclusive pelo aparato judiciário, o que melhor reflete as relações de força que determinam o equilíbrio político, bem como o processo catártico de ampliação da autoconsciência dos grupos sociais que transcendem a esfera da luta pelos interesses egoísticos, passando para o momento ético-político da organização dos grupos sociais (GRAMSCI, 1989, p. 49-50; LINS, 2001, p. 42-45). A relevância da participação da esfera pública é de tal forma marcante que ausência desta participação pode comprometer a legitimidade do direito, *mesmo quando este se mostra capaz de produzir decisões efetivas* (HABERMAS, 1997b, p. 120-121).

A maior participação inerente ao sistema difuso também o sujeita a menos erros, por ser de construção lenta, caracterizando-se a jurisprudência constitucional assim constituída, por uma dinâmica de erros e acertos, com amplas possibilidades de revisão (MORO, 2004, p. 309; 311). É por isto que se tem apontado que "a vantagem de uma jurisdição constitucional gradual e controlada, segundo experiências externas mais bem-sucedidas, parece ser a de canalizar a complexidade. Ela, literalmente, 'vai fazendo a Constituição aos poucos'" (ADEODATO, 2003, p. 88).

Assim, tendo em vista o objetivo que se persegue ao longo deste trabalho, de contribuir para a democratização da concretização constitucional e retirar-lhe a característica da seletividade que decorre da exclusão dos direitos fundamentais sociais – e da parcela miserável da população que é destinatária primeira destes direitos – do espaço da efetividade sagrado aos demais direitos, a escolha metodológica coerente, quanto ao plano processual, é pelo controle *difuso* da constitucionalidade das omissões administrativas, em razão da maior possibilidade de participação popular na construção da hermenêutica constitucional.

Além da maior participação da esfera pública, determina também a escolha pela via difusa e concreta de controle da constitucionalidade o fato de que a sua pulverização permite

o contato com os problemas e as soluções locais necessárias. Como afirma Andreas Krell (2003, p. 93):

> Há uma concordância universal sobre a importância da participação ativa da população na gestão dos problemas da 'sua' cidade. Experiências em vários países provaram que o poder público normalmente cumpre suas tarefas e presta os serviços públicos de qualidade nas diferentes áreas setoriais onde os cidadãos interessados cobram essas atividades diretamente dos governantes. Mostrou-se também que o imenso problema da 'não-aplicação' das leis sobre saúde pública, saneamento, ordem urbanística, defesa ambiental, etc. apenas pode ser superado onde os habitantes de cada cidade e cada região começam a exigir um maior desempenho dos órgãos públicos na fiscalização das respectivas normas jurídicas (2003, p. 93).

A propósito, o sucesso do sistema de escritórios de bairro, nos Estados Unidos, pôs em evidência o fato de que a própria distancia geográfica é um obstáculos (e não dos menores) ao acesso à justiça (SANTOS, 1994, p. 150; CAPPELLETTI, 1988, p. 114-120), motivo pelo qual a proximidade não só permite maior observação dos problemas como também sua melhor tutela. Por esta razão, não se concorda com Fabio Konder Comparato (1997, p. 357) acerca de não fazer sentido que o controle de constitucionalidade das políticas públicas seja decidido incidentalmente, no curso de processo tendente à solução de uma lide de contorno individual, propugnando por uma ação exclusivamente direta.

Acredita-se que, ao contrário, em sendo as políticas públicas parte do dia-a-dia das pessoas, retirar a possibilidade de sua participação no processo de concretização constitucional, para além de empobrecedor da própria hermenêutica da Constituição, implica negação da titularidade (co-titularidade) dos direitos sociais[167], bem como mutilação ao direito fundamental de ação previsto no art. 5º, XXXV, CF.

Um tal distanciamento entre os (co)titulares dos direitos e os legitimados conduziria ao engessamento da dinâmica de proteção destes direitos e, portanto, a uma *sub-proteção*, pois imaginar que a ausência das políticas públicas consagradoras dos direitos sociais possa

[167] Não se esqueça que "a titularidade dos direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação" (CAPPELLETTI, 1988, p. 11-12).

ser adequadamente sanada pela via *exclusiva* de uma ação cujo rol de legitimados é restritíssimo não deixa de conter crença na onisciência destes legitimados. Estes não são aptos a conhecer todas as demandas – e isto, acrescente-se, sem que nenhum dos legitimados previstos no rol do art. 102 exerça efetivo papel de fiscal dos direitos fundamentais[168] –, além disto não se pode ter certeza quanto à sua boa-fé em ver interesses econômicos corporativos ceder lugar às prioridades sociais, mormente sabendo-se que os figurantes do rol dos legitimados ativos não raro compõem a parte passiva da demanda[169].

Neste contexto, a tematização e dramatização dos problemas que a esfera pública tem de exercer para ver sua pauta de reivindicações incorporadas pelo Estado (HABERMAS, 1997 b, p. 91), e o conhecimento de que o poder público presta os serviços públicos onde é diretamente cobrado pelos cidadãos, bem como o fato de que esta pressão traduz-se, também, em reivindicação legitimatória processual conduzem a uma peremptória negativa de uma via exclusivamente concentrada de controle de constitucionalidade dos direitos sociais e das omissões administrativas.

Por outro lado, a defesa da via direta como forma exclusiva de controle constitucional das políticas públicas equivale também a uma errônea compreensão da relação entre controle constitucional e defesa dos direitos sociais, fazendo subentender que as duas esferas são apartadas uma da outra. A ação proposta para exigir o cumprimento dos direitos sociais devidos pelo Estado, que em face deles mantém-se inerte e inadimplente é sim controle de constitucionalidade por omissão de prestação fáticas, difuso, o que é possível através da ação civil pública.

---

[168] "De fato, a organização, mobilização e autodeterminação desses novos atores coletivos tendem a se concretizar externa e independentemente dos procedimentos representativos das instituições oficiais, estas simbolizadas particularmente pelos partidos políticos, organizações sindicais e agências burocráticas estatais" (WOLKMER, 1994, p. 126).

[169] Como bem indica Rodolfo de Camargo Mancuso, "É significativo notar que os entes políticos – União, Estados e Municípios – conquanto igualmente co-legitimados para a ação civil pública (CF, art. 129, § 1º; art. 5º da Lei 7.347/85), de ordinário não se têm notabilizado em exercita-la, possivelmente porque, não raro, alguns mentores, agentes públicos e administradores acabam por se revelar de algum modo relacionados, por ação ou omissão, aos históricos prejuízos infligidos a valores e interesses metaindividuais" (2002, p. 785). O mesmo raciocínio pode ser aplicado à hipótese em tela.

Logo, ainda reconhecendo-se vantagens inerentes ao sistema concentrado, este jamais poderia ser pensado à exclusão do sistema difuso de controle de constitucionalidade tocante aos direitos sociais. Isto porque se tem bons motivos para crer que o sistema funciona melhor quando apto a receber impulsos distintos e mesmo antagônicos, que melhor atendem à complexidade social contemporânea e à necessidade de abertura democrática do sistema processual, sobretudo quando o Judiciário é apontado como "chave de todos os equilíbrios sociais suscetíveis de afiançar a estrutura de uma sociedade livre, aberta e democrática" (BONAVIDES, 2004b, p. 73).

Finalmente, a maior legitimação para agir qualifica organizações estatais e não estatais, tais como o Ministério Público, associações civis as mais diversas a *mediar* as demandas que surgem na sociedade. Neste sentido, sustenta Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (2000, p. 92) que "ao se conjugarem as forças vivas da sociedade com o aparelho estatal, é possível encontrar caminhos melhores e alternativas criativas para a solução dos problemas".

De fato, "a participação da comunidade traz, ainda, o benefício da maior credibilidade da Justiça e principalmente o sentido pedagógico da administração da justiça, propiciando o espírito de colaboração" (WATANABE, 1988, p. 133). Neste sentido, Calmon de Passos (1988, p, 95) vê "o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política".

Assim vista, a ação judicial não é um simples instrumento de atuação de direitos, mas especialmente um *canal de comunicação* entre as reivindicações sociais e o aparato estatal, ressaltando-se a importância da mediação que se dá entre sociedade civil e sociedade política através do processo (MANCUSO, 2004, p. 170). Daí fazer-se a defesa de um sistema *misto* também para o controle de constitucionalidade das omissões administrativas no tocante à inércia frente à implementação dos direitos sociais devidos pelo Estado, com ênfase no

sistema concreto e incidental. A escolha do instrumento processual, na perspectiva de um Direito Processual Constitucionalmente adequado à tutela dos direitos sociais, recai na *ação civil pública* como "instrumento tendente a consagrar, na nova conjuntura, o 'espaço' instituinte da cidadania ativa" (WOLKMER, 1994, p. 264).

Com efeito, a ação civil pública tem sido apontada como via propícia à adequada defesa dos direitos sociais e ao controle dos atos e omissões administrativos (KRELL, 2002, p. 103-106; MANCUSO, 2002, p. 753 ss.; FRISCHEISEN, 2000, p. 124-130; MAZZILLI, 2006, p. 128; MACEDO JR., 2005, p. 565; MEDAUAR, 2006, p. 408; MELLO, 2006, p. 910), motivo pelo qual se passa ao estudo das tutelas coletiva dos direitos.

3.2.4. O constitucionalismo contra a democracia?

Finalmente, ao se fazer a defesa do controle de constitucionalidade das omissões administrativas, parece ser necessário tecer algumas considerações acerca das críticas que tem sido feitas ao constitucionalismo, quanto à sua postura contra-majoritária. De acordo com tais críticas, a tese de que a supremacia da Constituição constitui-se em remédio das minorias contra abusos das maiorias, impondo limites substantivos ao poder reformador, padeceria de uma abstração idealizadora do poder constituinte, como se o mesmo não expressasse ele também decisões majoritárias tomadas na ausência de unanimidade, bem como da falsa aparência de imposição de limites substanciais quando, na verdade, tratar-se-ia de *limites procedimentais*. No fim das contas, a concepção dos direitos como "triunfo contra a maioria" ignora que tal triunfo dá-se quanto à maioria simples (metade mais um), mas não quanto à maioria de três quintos ou de dois terços normalmente requerida para a revisão constitucional (BAYÓN, 2000, p. 70 ss; 83).

Ora, uma decisão poderia ser propriamente definida como democrática não em relação ao seu conteúdo, mas em relação à adoção das regras formais do procedimento

democrático. Logo, a democracia repousaria na sua forma e não em seu conteúdo, donde se depreende que as regras do método democrático são normas de competência e de procedimento que estabelecem as regras para alcançarem-se as decisões coletivas, devendo ser questionada a necessária correlação entre Estado constitucional e Estado democrático (BOVERO, 2002, p. 33 ss).

Não se trataria, assim, de optar por um procedimento com ou sem restrições substanciais, uma vez que tanto o constitucionalismo quanto a sujeição às decisões da maioria são estritamente procedimentais, motivo pelo qual o respeito às decisões da maioria seria inafastável, por ser critério que reconhece os indivíduos como agentes morais de igual dignidade e que atribui igual liberdade a todos, concedendo o mesmo valor decisório a cada voto (LAPORTA, 1989, p. 139).

Juan Carlos Bayón (2000, p. 83 ss), posicionando-se a favor da regra da maioria, percebe que o estabelecimento de limites "meramente procedimentais" implica também e necessariamente limites substanciais, pois a adoção originária de uma regra de decisão só pode ser tomada com base em critérios substantivos. A isto já se fez referência anterior, destacando-se que a racionalidade formal foi sempre impulsionada e entrelaçada à racionalidade material, razão pela qual o desenvolvimento formal do direito somente foi possível quando se estabeleceu um nexo lógico entre um e outro (LINS, 2001).

Os méritos da crítica ao constitucionalismo não podem ser desprezados. De fato, o que justificaria a disparidade de tratamento entre o cidadão que elegeu o legislador constituinte em relação ao cidadão que elege o legislador infraconstitucional? O que dizer de quando a minoria que se vale do remédio contra as maiorias usa do seu trunfo não para bloquear ameaças, mas contra direitos da maioria ou de outra minoria? E, ainda que se atribua diferente valor às circunstâncias, estabelecendo-se a rigidez do texto constitucional como forma de autopreservação nos momentos em que se é tentado a tomar decisões políticas

menos nobres, o que distinguiria qualitativamente estes momentos anterior (constituinte) e posterior?

Por outro lado, e quiçá em razão de se ter alçado a Constituição à panacéia para todos os males, transformando-a na "âncora das novas esperanças bem-intencionadas" (ADEODATO, 2003, p. 88), tais discussões não podem ser travadas no Brasil sem causar temor e preocupação. Se, como se disse anteriormente, a democracia brasileira caracteriza-se mais por ser delegativa do que representativa, a confinação da participação social ao voto não permite que este debate aqui se trave da mesma forma como pode ser travado em outras experiências constitucionais democráticas.

Neste sentido, Luciano Oliveira (1996, p. 172 ss) alerta para o fato de que, no Brasil, os acontecimentos demonstram a todo momento que direitos humanos e democracia não são valores necessariamente coincidentes:

> Outra situação exemplar é o embaraço em que caem os militantes de direitos humanos, todos democratas convictos, ao rechaçarem a possibilidade de um plebiscito para saber do eleitorado brasileiro se ele é a favor ou contra a pena de morte. (...) A saída para esse nó górdio é a que sempre se recomenda nesse tipo de dilema: estabelecer um "corte" neste tipo de questão, para reconhecer que a soberania popular – ou a democracia, se assim preferirmos – não é, ela também, absoluta.

O exemplo permite ver quais dificuldades são trazidas à tona quando se discute a validade democrática da imposição de limites substanciais à mudança das regras do jogo. Parece que esta discussão requer amadurecimento, e não só teórico, mas sobretudo das condições reais sobre as quais é travada.

Logo, é necessário contextualizar a discussão em relação aos direitos sociais, pois a proposta de controle constitucional das omissões administrativas tem por fundamento a equiparação do tratamento conferido aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, rejeitando-se a situação de desproteção em que pairam os segundos. Igualmente, e isto foi trazido à lume pela observação de que mesmo a concepção procedimentalista de Constituição

tem por pressuposto condições reais mínimas de participação igualitária no processo democrático (HABERMAS, 1997a, p. 160), parece idealista a defesa da democracia desadjetivada – crítica feita nos mesmos termos em que se apontou a abstração idealizadora do poder constituinte, inclusive –, como conceito abstrato e universal, razão pela qual se ressaltou que, mesmo em sendo procedimento, é procedimento ditado pela racionalidade material e, portanto, sempre substantivado.

Ora, em sendo os direitos sociais direitos cuja observância é crucial para que se possa estabelecer uma democracia real no Brasil, não confinada ao voto, a defesa do constitucionalismo é, ao que se indica e pelo menos neste contexto, inseparável da defesa da democracia.

CAPÍTULO IV:
A TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA DAS PRESTAÇÕES FÁTICAS DEVIDAS PELO ESTADO E A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O Pai: Que literatura! É a vida, senhores! A paixão!
O Diretor: Pode ser! Mas irrepresentável!

Pirandello. Seis Personagens à Procura de Autor, p. 66-67.

Observe, meu querido príncipe, que não existe nada de mais ofensivo para um homem de nossa época e de nossa tribo do que dizer a ele que ele não é original, é fraco de caráter, não tem grandes talentos e é um homem comum. (...) Uma vez com o dinheiro, saiba que eu serei um homem original no supremo grau da palavra.O dinheiro é mais abjeto e odioso porque ele dá até talento.

Discurso de Gánia ao príncipe Míchkin.
Dostoiévski. O Idiota, p. 156.

4.1. Ação civil pública e controle constitucional das omissões administrativas

A esta altura, convém relembrar que o movimento pelo acesso à justiça é a tradução, para o processo, das idéias que impulsionaram o Estado Social. Se este é a institucionalização do reconhecimento de que a consagração dos direitos no plano meramente formal era incapaz de promover as mudanças prometidas pelo ideário liberal, o acesso à justiça é a institucionalização do reconhecimento de que a consagração dos direitos no plano meramente formal sem se fazer acompanhar por mecanismos de sua efetivação implicava, na realidade, a que estes direitos não correspondessem a absolutamente nada.

E se é possível interpretar que a consagração de direitos sem possibilidade de efetivação possui uma função simbólica reconfortante, por outro é preciso também reconhecer

que esta tensão entre o ideal e o real, quando destituída de mecanismos mínimos de alteração da realidade, ainda que gradual[170], não deixa de ser uma amarga ironia.

Assim, o acesso à justiça é o acordar do Direito Processual – até então satisfeito que estava com o reconhecimento de seu estatuto de cientificidade e de sua autonomia face aos demais ramos da ciência jurídica – para que *o processo é este mecanismo mínimo, mas fundamental*, através do qual se dá a transformação dos direitos meramente simbólicos em direitos efetivos e sem o qual a realidade jurídica não encontra via de mudança. O acesso à justiça foi o desenvolver das idéias do Estado Social no plano jurídico-processual e foi o reconhecimento de que os direitos consagrados não valem de nada se destituídos de mecanismo para sua efetivação ou se, em havendo tais mecanismos, são os mesmos inacessíveis aos cidadãos comuns.

Disto decorre que o acesso à justiça não tenha sido tão-só um movimento acadêmico, mas antes de tudo um *movimento político reformador* que identificou e alvejou obstáculos e respondeu-lhes em forma de "ondas"[171]. A chamada segunda onda, concernente à representação dos direitos difusos e coletivos, foi determinante ao surgimento de técnicas de representação de direitos de cunho não individual.

Logo, uma das principais mudanças provocadas pelo movimento do acesso efetivo à justiça decorreu da compreensão de que o processo não pode ser exclusivamente individual,

---

[170] Mesmo levando-se em conta que não se pode considerar o conteúdo meramente simbólico como desprovido de normatividade (jurídica ou social), devendo-se considerar a efetividade própria inerente à simbologia, que permite movimentar o processo de rearticulação das relações sócio-econômicas concretas, é preciso ter em conta a necessidade de mecanismos mínimos de alteração da realidade, sob pena do conteúdo simbólico adquirir função meramente entorpecedora, e não subversiva, como propõe Slavoj Žižek (http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/zizek03.pdf?ac=articulos&id=69).

[171] A primeira onda diz respeito à assistência e assessoria jurídica para os pobres. Nela são analisados os modelos que, simplificadamente, pode-se dizer complexificam-se de uma assistência meramente judicial e processual de cunho individual para uma assessoria preventiva e com contornos de classe. A segunda onda diz respeito à representação dos direitos difusos e coletivos. A terceira onda surge com a constatação de que a viabilização de representação judicial, individual e coletiva, havia ainda sido insuficiente à promoção de uma acesso efetivo à justiça. Logo, as próprias técnicas processuais tornaram-se objeto de estudo e de pressão do movimento do acesso à justiça. Com isto, tanto era preciso que o processo fosse apto a atender a especificidade do direito material em jogo, como era preciso também prestar atenção às partes. Assim, a própria participação do juiz no processo ganha novas perspectivas, devendo ele ser um promotor da igualdade real entre as partes (CAPPELLETTI, 1988, p. 31-73).

desenhado à imagem e semelhança do homem burguês. Daí conceitos tradicionais do processo demandarem radical revisão, especialmente no tocante à legitimidade e interesse processual, classicamente estruturados para limitar o direito de ação a certas condições específicas (CAPPELLETTI, 1988, p. 49-50; SANTOS, 1994, p. 150).

No Brasil, o surgimento de um instrumento voltado a tutelar interesses não caracterizados pela titularidade individual deu-se com a ação popular, disciplinada pela Lei n. 4.717/65, cujo objeto consiste na anulação ou declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público. A legitimação para agir da ação popular – que qualifica "qualquer cidadão" como parte legítima – é a que mais se aproxima de um modelo democrático participativo de tutela coletiva dos direitos transindividuais. Entretanto, embora a ação popular permaneça em vigor, encontra-se em desuso devido à disciplina tímida conferida à tutela coletiva (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 722).

Em 1985, foi editada a Lei n. 7.347/85, que disciplinou a ação civil pública, cujo objeto, originalmente, consistia na tutela do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Porém, hodiernamente, em vista das alterações sempre tendentes à ampliação do seu objeto[172] e, especialmente, em vista do sistema de complementaridade entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, que "estão interligados, existindo perfeita interação entre os dois

[172] "Constata-se que o legislador, valendo-se da antes mencionada cláusula de extensão que autorizava a ampliação da ação civil pública para albergar 'outros interesses difusos e coletivos', e, de outra parte, consciente da necessidade de explicitação de certos direitos e garantias previstos constitucionalmente, de modo a lhes imprimir a devida efetividade social, foi editando uma seqüência de leis envolvendo interesses metaindividuais em áreas diversas, como se colhe deste rol, apenas exemplificativo: *defesa dos investidos no mercado de capitais* – Lei 7.913/89, arts. 1º a 3º; *deficientes físicos* – Lei 7.853/89, arts. 1º a 3º; *comunidades indígenas* – Lei Complementar 75/93, art. 6º, XI; *criança e adolescente* – Lei 8.069/90, art. 201, V; *defesa (coletiva) do consumidor* – Lei 8.078/90, arts. 81 a 104; *saúde pública* – Lei 8.080, de 19.09.1990, art. 2º e §§ e art. 3º; *improbidade administrativa* – Lei 8.429/92, art. 17; *minorias étnicas* – Lei Complementar 75/93, art. 6º, VII, *c*; *proteção ao idoso* – Lei Complementar 75/93, art. 6º, VII, *c*; *moralidade administrativa* – Lei 8.625/93, art. 25, IV, *b*; *função social da propriedade agrária* – Lei 8.629/93 c/c a LC 75/93, art. 6º, XIV, *c*, e CPC, art. 82, III, red. Lei 9.415/96; *assistência social* – Lei 8.742/93; *patrimônio público*, em sentido largo – Lei 8.625/96, art. 25, IV, *b*; *defesa da ordem econômica* – Lei 8;884/94, art. 88; *patrimônio genético* – Lei 8.974/95, art. 13, § 6º; *estética urbana* – Lei 9.605/98, arts. 62 a 64" (MANCUSO, 2002, p. 762).

estatutos legais", todo e qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo encontra albergue no instituto (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 722-723).

Inicialmente, pairou discussão terminológica em torno à nova ação, o que era mesmo compreensível, tendo em vista a radical inovação que a mesma provocava no sistema jurídico-processual pátrio e também se levando em consideração que o debate em torno ao nome promovia igual discussão relativa à natureza do instituto, bem como à função a ser desempenhada pelo Ministério Público.

Hoje se pode dizer com alguma tranqüilidade que a discussão nominal esteja superada, uma vez que o nome "ação civil pública" consagrou-se tanto na Constituição quanto na legislação ordinária, na doutrina e na jurisprudência, tendo-se firmado entendimento de que a ação civil publica "não é 'pública' porque o Ministério Público pode promovê-la, a par de outros co-legitimados, mas sim porque ela apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses meta-individuais que, de outra forma, permaneceriam num certo 'limbo jurídico'" (MANCUSO, 2002, p. 19; 20).

De fato, retirar os direitos do "limbo jurídico" é uma expressão que espelha com propriedade a situação dos direitos fundamentais sociais,visto que os mesmos enquadram-se na categoria dos direitos de conflituosidade máxima, como se convencionou referir os direitos difusos, cuja lesão não agride apenas um indivíduo, mas toda a coletividade. Porém, antes de partir para o próximo tópico, é preciso fazer uma advertência preliminar.

Sem dúvida, o impacto das idéias propagadas pelo movimento do acesso à justiça é inestimável. Elas se fizeram sentir em incontáveis alterações legislativas com vistas à modificação de procedimentos, na criação de juizados informais, na ampliação da gratuidade dos procedimentos judiciais, no questionamento profundo do papel do magistrado na impulsão do processo e, entretanto, parece estar longe o dia em que as idéias do acesso à

justiça possam considerar-se ultrapassadas, sendo as mesmas, ainda – *infelizmente* –, de uma atualidade arrasadora.

Tornou-se até lugar comum a afirmação de que a principal reforma que deve ser promovida é a da mentalidade dos juristas[173], cujas reservas quanto ao ideário do acesso à justiça são cultivadas não acintosamente, mas pela via da negação sutil que torna tão mais difícil o debate claro que permite a síntese dialética de idéias, reproduzindo o preconceito e a arbitrariedade das práticas denegatórias de uma justiça democrática.

Este sentimento preconceituoso que é possível ser captado no ar, que tem por alvo o direito do consumidor, os consumidores, as associações de defesa da cidadania e as próprias ações coletivas[174], tira de um lado o que foi dado de outro. Estas observações são imprescindíveis e são aqui tomadas como preâmbulo à proposição da ação civil pública como instrumento de defesa da constitucionalidade face à omissão do Administrador.

Considerar-se-ia este trabalho incompleto se não se pusesse esta advertência inicial, que se entende absolutamente indispensável: de nada servem os esforços de incontáveis processualistas e constitucionalistas com vistas a um processo apto a atender as demandas sociais, se os operadores do direito perseveram na utilização de instrumental teórico obsoleto, apegados a valores de um momento histórico que passou, configurando aquilo que Canotilho (1999, p. 1045) apregoou como “epigonismo positivista”, a que se fez referência anterior.

É preciso, finalmente, analisar o debate que se tem travado acerca do cabimento ou não da ação civil pública para controle de constitucionalidade. A tese contrária ao seu cabimento que, pela sua forma e natureza, a ação civil pública fugiria aos contornos do controle incidental, por desbordar para além de um limite *inter partes*, alçando seus efeitos

---

[173] “Esse, com efeito, é o grande mal enfrentado pela tutela coletiva no direito brasileiro. Em que pese o fato de o direito nacional estar munido de suficientes instrumentos para tutela das novas situações de direito substancial, o despreparo para o trato com esses novos mecanismos vem, nitidamente, minando o sistema e transformando-o em ente teratológico que flutua no limbo” (MARINONI, 2006 a, p. 720-721).

[174] “É, de outra parte, óbvia a magnitude das ações coletivas, que, muitas vezes ainda passa sem sensibilizar a mentalidade existente, ou parte dela, que é assentada, principalmente, nos processos de caráter individual” (ARRUDA ALVIM, 2005, p. 77).

ultra partes (e não, necessariamente, *erga omnes*). Com isto, assemelhar-se-ia ao controle concentrado de constitucionalidade, tendo eficácia geral e irrestrita. Neste caso, não se trataria de discussão sobre aplicação da lei a caso concreto, e sim de uma impugnação direta e frontal da constitucionalidade do ato normativo (MENDES, 2005, p. 202). Configurar-se-ia, de certo modo, hipótese de usurpação de competência do STF (TAVARES, 2001, p. 287).

De outro lado, ainda que se reconheça que os efeitos da decisão em ação civil pública ultrapasse as relação intersubjetiva, defende-se que isto não teria o condão de alçar o instrumento processual a sucedâneo do controle concentrado da constitucionalidade. A diferença crucial reside no fato de que a lei impugnada poderá continuar sendo aplicada, desde que em situações diversas daquelas contidas pela coisa julgada coletiva (STRECK, 2004, p. 495). Assim, a questão versa sobre:

> Aplicação dos conceitos de vigência e eficácia da lei, a partir de suas conseqüências exsurgentes das especificidades emanadas do controle concentrado de constitucionalidade (que, no sistema jurídico, tem a função de nulificar a lei, com efeito *erga omnes*) e do controle incidental-difuso de constitucionalidade (que tem a função de retirar a eficácia da lei para aquele caso concreto) (STRECK, 2004, p. 495).

Como se pode inferir, esta polêmica não guarda pertinência com a proposição de controle de constitucionalidade difuso das omissões administrativas, visto que este é controle *fático*, ao passo que o debate trava-se exclusivamente sobre o cabimento de um controle *normativo*. Toda a discussão reside em saber se seria lícito que uma lei fosse declarada inconstitucional, com efeitos *ultra partes*, fora da alçada do STF.

Entretanto, como o controle proposto aqui, por via de ação civil pública, é voltado à prática ou, especialmente, à omissão de *atos administrativos*, a discussão sobre os limites da eficácia da decisão perde o sentido. Por esta razão, não são oponíveis os argumentos contrários à ação civil pública em sede de controle difuso de constitucionalidade, quando este versar sobre atos ou omissões administrativas.

4.1.1. Direitos sociais como direitos transindividuais e a ação civil pública

Acima se apontou a ação civil pública como via adequada à defesa dos direitos sociais e ao controle difuso de constitucionalidade das omissões administrativas, o que se deve ao fato de que os direitos sociais configuram-se como direitos transindividuais e que sua adequada defesa impõe a ação coletiva como forma de tutela. Ação civil pública e ação coletiva são aqui tomadas como sinônimas (MANCUSO, 2002, 13-22; VIGLIAR, 2002, p. 452), mesmo porque a disciplina da ação civil pública não pode ser vislumbrada isoladamente, mas necessariamente entrelaçada à disciplina estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, que a ampliou e que estabeleceu sua interação recíproca, permitindo aplicação indistinta sobre quaisquer direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (NERY JR., 1995, p. 624-625; GRINOVER, 1996, p. 427).

Não se aceita, portanto, a dicotomização travada entre uma e outra, seja pelo objeto, seja pela legitimação. Quanto ao objeto, porque não se justifica tratamento díspar dado aos direitos difusos e coletivos de um lado e os individuais homogêneos de outro, pois a defesa processual dos direitos individuais homogêneos é feita de forma indivisível na fase cognitiva, sendo genérica a condenação dela decorrente (GRINOVER, 1996, p. 431). Assim, sendo o mesmo o tratamento procedimental na fase cognitiva, mostra-se desarrazoado conferir uma nomenclatura de ação distinta para uns e outros.

Quanto à legitimação, a reserva do nome "ação civil pública" à propositura pelo Ministério Público, malgrado origem histórica que a justifique[175], é, atualmente, descabida,

[175] Havia dois anteprojetos de lei reguladora de ação voltada à tutela coletiva dos direitos. Um, elaborado por juristas (dentre os quais destacavam-se Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe) e outro, de iniciativa do Ministério Público. O primeiro não fazia qualquer referência ao nome "ação civil pública", sobretudo em razão de que dita nomenclatura aproxima-se da teoria imanentista ou privatista da ação (a ação está contida e é determinada pelo direito material, que apenas assume outra forma, a forma processual de defesa. Esta teoria é anterior à própria noção de processo como relação jurídica autônoma face à relação material posta em juízo...), ao passo que o segundo utilizava dita nomenclatura, inclusive em alusão à Lei Complementar 40/81 (primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). Como o anteprojeto aprovado pelo Congresso foi o do Ministério Público, acabou predominando o termo "ação civil pública" (VIGLIAR, 2002, p. 443-447). Até hoje, porém, alguns Autores defendem a utilização da denominação ação civil pública pelo *parquet* e a expressão ação coletiva para os demais co-legitimados (MAZZILLI, 2006, p. 67-68).

em vista de a ação civil pública admitir outros co-legitimados. Há que se ressaltar que "a titularidade das ações coletivas por parte de órgãos públicos – inclusive do MP – é meramente subsidiária, *necessária até enquanto a sociedade não se organiza, mas destinada a retroceder quando as formações sociais assumirem plenamente seu papel*, numa democracia verdadeiramente participativa" (GRINOVER, 1996, p. 431-432).

Apenas utiliza-se a nomenclatura ação civil pública porque esta foi a nomenclatura que predominou tanto doutrinária e jurisprudencialmente, quanto na previsão que recebeu a tutela coletiva dos direitos em nível constitucional (MANCUSO, 2002, p. 20).

Assim, conceitua-se ação civil pública como a ação voltada à tutela coletiva dos direitos, cujo sistema processual decorre da interação entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, a fim de dar guarida a qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.

4.1.1.1. Da noção carneluttiana de interesse ao interesse social

Tradicionalmente, o conceito jurídico de interesse é herdeiro da concepção de Carnelutti, com que o mestre italiano procurou desenvolver os conceitos de lide e de jurisdição. A despeito da imensa contribuição trazida ao Direito Processual, esta noção é ahistórica e apolítica e, se permite a compreensão do processo por via de uma representação abstrata e universal, calcado na noção de solução de conflitos de cunho individual, mostra-se insatisfatória no campo dos conflitos de natureza transindividual, e especialmente no tocante aos direitos sociais.

E isto porque a idéia de interesse que subjaz à noção de lide e que ainda é manipulada em boa parte dos manuais de Teoria Geral do Processo[176] (e que, acrescente-se, finda conferindo à própria idéia de conflito ares de contos de fadas) é a de uma posição

[176] Merece menção o manual de José de Albuquerque Rocha que, ainda tangencialmente, inspira-se na teoria marxiana e foge do lugar comum da concepção de interesse (2003, p. 30-33).

favorável à satisfação de uma necessidade, em relação a um bem, sendo o interesse, portanto, uma relação entre o homem e o bem. Daí decorrerá que o interesse juridicamente relevante será apenas aquele contemplado pela norma jurídica, tudo isto ainda sob a crença de que num conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita (lide), apenas um interesse será pretensão (interesse juridicamente relevante, protegido pela norma) e outro será, necessariamente, pretensão infundada ou mero interesse (sem relevância jurídica).

Evidentemente, estas noções amparam-se nos dogmas da completude e coerência do ordenamento jurídico e estão fadadas à falência, se deparadas à noção de ponderação entre princípios que decorre dos ordenamentos jurídicos contemporâneos complexos, legislativamente inflacionados, reguladores de valores sociais distintos e mesmo antagônicos. Assim, colocam-se estas observações iniciais apenas como patamar mínimo de reflexão crítica prévia à conceituação das distintas categorias de interesse sob as quais a teoria jurídica comumente se debruça.

Aliás, parece ser por esta razão que se aponta o direito social como paradigma diferencial à clássica dicotomia entre direito público e privado (ALVIM, 2005, p. 73-74). De fato, e como já se apontou, o direito social rompe com a própria idéia de titularidade dos direitos, noção em que a idéia de interesse jurídico repousa. Neste aspecto, o paradigma social de Estado e de direito impõe uma ruptura com os conceitos jurídicos operantes e é desta ruptura que exsurgem as categorias dos direitos transindividuais.

Tal como sucede na seara do tratamento dos direitos sociais como direitos subjetivos, não raro também a noção de direitos transindividuais recai na de interesse nos termos carneluttianos e com os quais é, se não totalmente, parcialmente incompatível. Deve-se considerar também a firme tendência de parte da doutrina a compreender o interesse *público* como interesse *estatal*, distinguindo-o, em razão disto, do interesse social, este último relativo à sociedade civil. O problema de uma distinção calcada nestas bases é o de que tem

por premissas uma concepção de Estado reduzida, em que sociedade política e sociedade civil são separadas e estanques entre si, deixando de compreender que ambas integram a realidade estatal[177]; além disto, ela ignora igualmente a noção do público não-estatal.

Disto resultaria ser admissível, por exemplo, que haja interesses públicos contrários aos interesses sociais! Ora, se os órgãos do governo (a burocracia estatal) atuam contra os interesses da sociedade, atuam também contra o Estado. Então, ainda que se proclame que se estes conceitos devam ter traços distintivos sob pena de um deles restar supérfluo (FERRAZ, 2005, p. 59), parece mais acertado reconhecer que, tendo em vista não se estar diante de esferas que admitam definições peremptórias, dada a fluidez conceitual que lhes é inerente, e sobretudo o fato de não se conceber o Estado como mera burocracia estatal que possa atentar contra os interesses da sociedade, é de reconhecer que "a tarefa de se tentar a separação rigorosa dessa trilogia [interesses social, geral e público] não seria fadada a um bom termo: mesmo que seja possível, como visto, surpreender certos elementos identificadores de cada espécie, eles não são em número e intensidade tal que permita a autonomia conceitual dessas expressões entre si" (MANCUSO, 2004, p. 36).

Levando em consideração estas observações iniciais, *interesse social* deve ser entendido como a síntese que pode ser designada por "bem comum" e, portanto, não como um simples somatório ou justaposição de interesses individuais (MANCUSO, 2002, p. 28-29). Da mesma forma, o *interesse público* pode ser entendido como interesse de toda a comunidade e não apenas do Estado (burocracia estatal), identificando-se com o interesse social da coletividade (LISBOA, 2000, p. 58), e considerando-se ainda que a coletividade não se resolve nem na totalidade nem em cada um dos indivíduos (ALVIM, 2005, p. 74).

---

[177] Na perspectiva ampliada de Estado, é preciso não confundir Estado com a burocracia estatal (GRAMSCI, 1989, p. 184-185). Assim, Estado é o "equilíbrio da Sociedade política com a Sociedade civil" (idem, 1991, p. 223). Logo, a sociedade civil, "formada pelo conjunto de organizações responsáveis pela elaboração e difusão das ideologias e pela organização da cultura, através de organismos sociais coletivos voluntários e relativamente autonomos face à sociedade política" (LINS, 2001, p. 41) é também Estado.

Evidentemente, “bem comum” é uma categoria tão fluida quanto as de coletividade e de interesse social, no mais das vezes utilizada como premissa apologética e mascaradora das relações de poder inerentes ao agir estatal; porém, de outro lado, “bem comum” pode ser entendido como síntese apta a transmudar a vontade de todos em vontade geral. Para tanto, reforça-se o que se disse anteriormente acerca da relevância da maior participação na construção do Direito, através do controle difuso de constitucionalidade.

Afinal, ao compartilhar-se o poder decisório do Estado com as entidades públicas não-estatais, especialmente as organizações da sociedade civil, tem-se uma *dupla publicização*, dentro e fora da esfera estatal, tornando democrático o processo pelo qual se realiza a síntese dos interesses particulares em interesse geral (LINS, 2001, p. 126) e é nesta perspectiva que se entende interesse social como síntese do bem comum, síntese que expressa antes a dialética do processo democrático e dinâmico de afirmação dos valores sociais em jogo, em que atuam as esferas públicas estatal e não-estatal[178].

4.1.1.2. Os direitos transindividuais e a ação civil pública

Os direitos transindividuais podem ser definidos como direitos que não representam nem os interesses públicos (no sentido de interesses da burocracia estatal), nem privados, mas que representam os interesses sociais (GRINOVER, 1996, p. 431), pois que entre público e privado há um profundo abismo, e os direitos coletivos (*lato sensu*) encontram-se além da *summa divisio* (CAPPELLETTI, 1977, p. 133).

[178] Aliás, não é de deixar passar despercebido o fato de que as três acepções de interesse coletivo – interesse pessoal do grupo, soma dos interesses pessoais e síntese dos interesses individuais (MANCUSO, 2002, p. 52-57) – espelham um processo de “tomada de consciência” que se assemelha em muito ao que Gramsci chamou de processo catártico das relações de força. Assim como Rodolfo de Camargo Mancuso descreve o momento genético do interesse coletivo como o “momento no qual os interesses individuais, agrupando-se, despojam-se de sua carga de egoísmo” (idem, p. 57), o terceiro momento, que expressa a catarse política, “é aquele em que se adquire a consciência de que os próprios interesses corporativos, no seu desenvolvimento atual e futuro, superam o círculo corporativo, de grupo meramente econômico, e podem e devem tornar-se os interesses de outros grupos subordinados” (GRAMSCI, 1989, p. 49-50).

Compreendidos como representação da síntese dialética dos valores sociais, os direitos transindividuais comportam tanto os direitos difusos como os direitos coletivos em estrito senso. Os direitos individuais homogêneos, embora não possam ser tratados, a rigor, como direitos transindividuais, gozam de relevância social, em vista do tratamento processual coletivo que recebem (GRINOVER, 1996, p. 431) e dizem, talvez com a mesma intensidade, respeito aos interesses sociais.

Os direitos difusos e coletivos devem ser considerados num duplo aspecto, subjetivo e objetivo. Pelo subjetivo, os direitos difusos caracterizam-se pela indeterminação dos seus titulares e pela inexistência de relação jurídica de base entre si; ao passo que os direitos coletivos caracterizam-se pela possibilidade de determinação (são determinados ou determináveis) de seus titulares, vinculados entre si ou com a parte contrária, por grupo, categoria ou classe, vinculação que se estabelece por uma relação jurídica de base. Pelo aspecto objetivo, tanto os direitos difusos quanto os coletivos caracterizam-se pela indivisibilidade do bem jurídico pretendido (WATANABE, 1995, p. 502-503). A propósito do objeto dos direitos difusos e coletivos, acrescenta Barbosa Moreira (1991, p. 188) que “não se trata de uma justaposição de litígios menores, que se reúnem para formar um litígio maior. Não. O seu objeto é por natureza indivisível”.

Já os direitos individuais homogêneos caracterizam-se, obviamente, pela divisibilidade do bem jurídico, quanto ao aspecto objetivo, e pela determinação dos seus titulares, cuja vinculação (processual, e não material) dá-se pela origem comum dos danos que ensejam a reparação, no plano subjetivo (MARINONI, 1999, p. 89).

A marca que deve receber destaque, pertinente aos direitos transindividuais, é o fato de que, em relação a eles, “O primeiro e o mais importante detentor, em juízo, da titularidade das ações coletivas *é a própria sociedade*” (GRINOVER, 1996, p. 431 – grifou-se).

Quanto aos direitos sociais, como se viu, não são direitos individuais, mas propriamente sociais, uma vez que não há que se falar em sua titularidade, e sim em sua co-titularidade, o que implica que o desfrute destes direitos caracteriza-se por dar-se não à exclusão dos demais, mas *com* os demais, que estão co-implicados na relação jurídica social.

A propósito, Mauro Cappelletti (1974, p. 3) afirma a natureza transindividual de todos os direitos fundamentais, resultado da relevância ultra-individual dos direitos fundamentais 'do indivíduo', que decorre da natureza do seu objeto, o que permite inferir que, em relação aos direitos fundamentais sociais, tal natureza mais se evidencia.

Da mesma forma, os direitos transindividuais, excetuando-se os individuais homogêneos, caracterizam-se também pela co-titularidade, uma vez que, como se assinalou, seu titular é prioritariamente a sociedade. Assim, os direitos sociais manifestam-se como direitos difusos, coletivos e, residualmente, como direitos individuais. Porém, não se confundem com o interesse social, cuja concepção é muito mais ampla, inclusive abrangendo os direitos sociais, que dele constituem apenas uma parcela.

Exemplificativamente, pode-se pensar no direito difuso à saúde, no direito coletivo da associação dos moradores de determinada comunidade à regularização (ou mesmo criação) do atendimento no posto de saúde local e no direito individual homogêneo dos pacientes que sofreram danos por atendimento inadequado (ou por falta de atendimento). Nestes casos, haverá proteção por via de tutela coletiva dos direitos transindividuais ameaçados ou lesados. De fato, se são os direitos sociais efetivamente sociais e seu gozo não se dá à exclusão dos demais co-titulares, a concepção privatista que tem o processo comum não pode ser idêntica quando se trata de defender ou responder à demanda por violação dos direitos humanos (GOZAÍNI, 1995, p. 52).

Além disto, os direitos fundamentais exigem garantias especiais, mostrando-se o processo comum ineficiente para sua proteção (BIDART, 1992, p. 347). Neste sentido, a

doutrina vem proclamando a adequação da ação civil pública como instrumento de proteção dos direitos sociais, chamando a atenção para a participação da comunidade, por via deste mecanismo, na construção de políticas públicas:

> A ação civil pública, enquanto mecanismo privilegiado da tutela de interesses coletivos, não é apenas uma forma mais racional ou adequada à sociedade de massa, mas também um instrumento pelo qual ONGs e o Ministério Público estão ampliando os foros de debate público sobre Justiça Social, em particular nas políticas públicas, o meio por excelência de sua realização (MACEDO JR., 2005, p. 565).

Finalmente, é possível dizer que os direitos sociais, como direitos transindividuais que são, encontram adequada tutela por via da ação civil pública que, aliás, deve ser a forma prioritária de sua defesa, como se vai demonstrar.

4.1.2. Priorização da tutela coletiva sobre a individual na defesa dos direitos sociais

4.1.2.1. Co-titularidade social dos direitos sociais e tutela coletiva

Este tópico responde ao problema posto no segundo capítulo desta tese, acerca da co-titularidade social dos direitos sociais, no qual se afirmou que os direitos sociais são mesmo sociais, com todas as conseqüências que daí devam decorrer. Ora, a despeito da possibilidade de defesa coletiva dos direitos sociais, a errônea compreensão da titularidade destes direitos como individual conduz – e de fato tem conduzido – à priorização da defesa individual dos mesmos, sobrepujando a defesa coletiva que, embora *possível*, acaba sendo *preterida*.

Com isto, ainda que no plano processual tenha-se encontrado plena guarida à tutela coletiva dos direitos, a possibilidade de sua defesa em sede jurisdicional não responde ao fato de que os direitos sociais sigam sendo vistos como individuais. Como se mostrou, há significativas conseqüências práticas, para além das teóricas, que decorrem da consideração de um direito social como individual, tal como o impacto de uma decisão judicial isolada

sobre um serviço público de caráter social, que deve ser pautado pela universalidade, impessoalidade, pela prioridade a quem mais precisar e cronologicamente anteceder aos demais (LIMA LOPES, 2002, p. 131), sobremodo quando se leva em consideração que as camadas mais pobres da população quase não tem acesso à justiça, com exceção da justiça criminal.

A verdade é que, apesar de intentos teóricos e práticos em sentido contrário, o Judiciário brasileiro mostra-se ainda excessivamente elitista, reservando até mesmo as decisões mais "democráticas" a poucos que, de regra, não integram a massa dos excluídos. Como diz Osvaldo Gozaíni (1995, p. 50), a justiça se distancia a passos agigantados do homem comum, como se quisesse entrincheirar-se em fronteiras somente acessível a privilegiados.

A errônea tradução da co-titularidade social dos direitos sociais como titularidade individual dos direitos sociais, no quadro de exclusão que se introduz destrutivamente na esfera jurídica, somente agrava a terrível contradição de se estabelecer a lógica da *exclusão* (a realização do direito social de um indivíduo em detrimento do de outro) – e não a da *inclusão* – como paradigma hermenêutico dos direitos sociais. Neste sentido, observa Marcelo Neves (2006, p. 239) que "predomina a 'exclusão' de grandes parcelas da população e, portanto, não se constrói uma esfera pública pluralista fundada na generalização institucional da cidadania" acarretando "grandes abismos de rendimento entre as camadas sociais, o código econômico reproduz-se hipertroficamente, implicando privilégios e 'exclusões' ilegais".

Diante disto, a interpretação dos direitos sociais como direitos individuais exercitáveis coletivamente, livrando os eufemismos, transforma-se em direitos exercitados individualmente pelos menos desafortunados e, quiçá – eventual e residualmente –, exercitados coletivamente.

Logo, todas as lições acerca da irrealidade da tutela individual dos direitos transindividuais (CAPPELLETTI, 1999, p. 59) atualizam-se e ganham nova dimensão, consistente no fato de que – contra todas as expectativas – a criação de técnica processual adequada à tutela coletiva dos direitos não foi suficiente para fazer predominar o caráter coletivo das demandas sequer nos casos em que os direitos materiais são, à toda evidência, prioritariamente transindividuais. Reitera-se o que antes se disse: o indivíduo que se arroga titular do direito social não é o mesmo indivíduo forjado pela matriz liberal, atomizado e isolado, e o direito cuja titularidade arroga é também, com ele e ao mesmo tempo, dos demais indivíduos, co-titulares e coimplicados na relação jurídica social. Logo, não há que se falar em exercício coletivo de direito individual, mas em *exercício coletivo de direitos sociais*.

Igualmente, deve-se levar em conta o descabimento da própria idéia de titularidade dos direitos sociais. Como se demonstrou, se um direito é reconhecido igualmente a todos os cidadãos, então a questão acerca da titularidade é, necessariamente, prejudicada. Neste sentido se propôs a transição da categoria de titularidade para a de co-titularidade do direito social, hipótese em que não se amputa as demais co-titularidades, mas, ao contrário, as implica.

Enfim, se os direitos sociais não se forjaram pela matriz do Estado liberal, mas do Estado Social; se não foram instituídos para ser desfrutados individualmente, mas pela sociedade como um todo; se não se constituem pela lógica da exclusão, mas da inclusão; se sua titularidade traduz-se em co-titularidade do igual direito dos demais indivíduos coimplicados na relação jurídica social, então a especificidade que a marca exigibilidade própria dos direitos sociais deve ter adequada *tradução no plano processual*.

Esta adequada tradução não se esgota na mera possibilidade de que sejam tutelados coletivamente tais direitos, sobremodo quando não se ignora que esta potencialidade é, quase sempre, frustrada, cedendo lugar à tradicional defesa individual. E isto, dentro da realidade de marginalização brasileira, em que o acesso à justiça insere-se no panorama de exclusão dos

serviços públicos básicos, acarreta, portanto, um ciclo de denegação dos direitos sociais que se retroalimenta. Diante disto, propõe-se a hierarquização das tutelas voltadas à implementação dos direitos sociais, privilegiando-se a tutela coletiva face à individual.

Não se pretende com isto a denegação do acesso à justiça individual, o que além de ser inviável juridicamente em face do princípio constitucional da ação previsto no art. 5º, XXXV, CF, nenhum proveito traria à ampliação da eficácia dos direitos sociais. Como se demonstrou, a eficácia dos direitos sociais tem sido traduzida como mínimo existencial necessário à preservação, manutenção ou reintegração da dignidade humana ameaçada ou lesada. A tutela individual seria resguardada nesta hipótese de ameaça do mínimo existencial.

De outro lado, a tutela coletiva dos direitos sociais prescinde da demonstração de ameaça ou lesão do mínimo existencial coletivo ou difuso. Com isto, preserva-se a titularidade individual *residual* dos direitos sociais.

Porém, a tutela dos direitos sociais, para além deste mínimo, somente pode dar-se pela via coletiva, *prioritária*, em razão do caráter efetivamente social destes direitos e também a fim de *evitar positivamente* o impacto que decisões isoladas podem causar na prestação de serviços públicos.

Convém explicitar o que significa *evitar positivamente* no contexto determinado acima. Entende-se que se evita positivamente o impacto que decisões isoladas podem causar na prestação de serviços públicos quando a decisão de implementação do direito social demandado dá-se coletivamente e o domínio dos limites subjetivos da sentença é o mais abrangente possível, evitando ou minimizando discrepâncias no critério de distribuição do serviço público que poderiam ocorrer em caso de uma decisão judicial privilegiar um indivíduo em relação a outros que não participaram da demanda. Tal proposta de priorização da tutela coletiva dos direitos sociais em relação à individual é, necessariamente, proposta doutrinária, *de lege lata*, sem nenhuma pretensão de inovação legislativa, *de lege ferenda*.

A justificativa desta “autocontenção” está de acordo com o propósito exposto no início deste trabalho, qual seja, o de contribuir para *ampliação* do acesso à justiça dos direitos sociais. Assim, é necessário ter cautela para que não se interprete a hierarquização proposta como mote de redução do campo de justiciabilidade dos direitos sociais. Resguardada a hipótese residual de tutela individual dos direitos sociais nos casos de ameaça ou lesão ao mínimo existencial, amplia-se o leque de sua exigibilidade para além do mínimo no caso de tutela coletiva dos mesmos. Para tanto, há um papel fundamental a ser exercido pelos magistrados, além daquele desenvolvido pelo Ministério Público e pelas associações civis.

No plano da prática jurisdicional, há ainda outra vantagem a considerar acerca da priorização da tutela coletiva sobre a individual. Esta diz respeito à unidade decisória propiciada pelo tratamento coletivo de situações jurídicas que são entre si análogas ou similares. Como afirma Arruda Alvim (2005, p. 82), “as ações coletivas conduzem (ou devem conduzir, pois existem para isso) a uma unitariedade de manifestação judicial sobre uma dada situação de ampla dimensão social, que a muitos afete”. Esta reflexão, aliás, será objeto de análise quando do estudo da coisa julgada.

4.1.2.2. O artigo 7º da Lei da Ação Civil Pública e o papel do juiz no controle de constitucionalidade difuso das omissões administrativas

Usualmente, destaca-se o papel do Ministério Público na defesa dos direitos transindividuais, dentre os quais se incluem os direitos sociais. De fato, a ênfase dada a esta instituição é de todo justificada, não só pelo papel que lhe foi conferido pela Constituição de 1988, mas pelo fato de seu perfil institucional ter-se efetivamente adequado àquele papel.

Entretanto, o papel do juiz na defesa dos direitos sociais não recebe o mesmo destaque. Isto se dá por várias razões. A principal delas é o fato de que o juiz tem de se manter como “terceiro desinteressado” no exercício de suas funções jurisdicionais. Claro que a mudança no papel do direito na transição para o modelo social de Estado determinou

mudança sensível também no papel dos juízes, "naturalmente conservadores", forçados que foram a sair da "concha protetora do formalismo" (CAPPELLETTI, 1999, p. 35).

Pode-se dizer que o papel dos juízes foi redimensionado pelas próprias tarefas postas pelo Direito, mormente pelos direitos sociais, e, com isto, as próprias idéias de neutralidade e de imparcialidade ganharam novos contornos, enfraquecendo-se a primeira e fortalecendo-se a segunda[179]. O papel do juiz frente à proposta de hierarquização das tutelas dos direitos sociais, entretanto, é de outra monta. A Lei da Ação Civil Pública determinou aos magistrados o dever de remessa de peças ao Ministério Público em caso de verificação da hipótese de cabimento desta ação, sendo a norma que impõe referido dever imperativa e cogente (NERY; NERY, 2003, p. 1331)[180].

Este dispositivo, pouco valorizado na prática forense, tem vultosa importância para a proposta de priorização da tutela coletiva dos direitos sociais que aqui se faz. Através dele é possível estabelecer a preferência da tutela coletiva dos direitos sociais sem denegação de justiça nos casos em que tais direitos são demandados individualmente e sem qualquer necessidade de intervenção legislativa, restando no campo doutrinário a hierarquização proposta, o que se harmoniza com os objetivos acima delineados.

---

[179] A separação dos conceitos de neutralidade e de imparcialidade é de todo recomendável, e não apenas para fins didáticos, mas também para nortear a prática judicial voltada ao respeito dos princípios processuais. Ao passo que "a neutralidade pressupõe algo impossível: que o intérprete seja indiferente ao produto do seu trabalho" (BARROSO, 2003, p. 289), remetendo à idéia de uma qualidade inerente ao julgador acima e eqüidistante das partes por dádiva do ofício, a imparcialidade requer: a) reconhecer os próprios preconceitos como tais para que seja possível liberar-se deles (LÖWY, 1994, p. 32); b) distanciamento crítico e uma atitude de prudente vigilância pessoal no exercício das suas funções (SANTOS, 1994, p. 152). Logo, ao passo que a neutralidade é vista como um *status* do julgador, a imparcialidade é vista como um exercício crítico contínuo a ser realizado pelo juiz. Em trabalho intitulado "O Tratamento Jurídico e Judicial do Negro e da Temática da Discriminação Racial no Brasil", verificou-se que a discriminação racial é mais patente nas decisões de magistrados que se julgam neutros e que afirmam que, como juízes, não partilham de nenhum preconceito ("meus preconceitos penduro no cabide do lado de fora do gabinete") (LINS, 2003). A necessária crítica à neutralidade como qualidade inerente ao ato de julgar, entretanto, não deve ser confundida com uma postura cética que finda servindo de apologia à utilização da atividade jurisdicional para defesa de favoritismos pessoais. Daí que a crítica à neutralidade como ideologia conservadora e mantenedora do *status quo* siga-se a defesa empedernida da imparcialidade (não como qualidade já dada, mas como meta) como princípio processual fundante da legitimação do poder estatal jurisdicional.

[180] Dispõe o art. 7º da Lei n. 7.347/85 que "Se, no exercício das suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis".

Esta harmonização reside na possibilidade de que a ação individual dê azo à coletiva. Ora, é de se inferir que sempre que houver uma demanda individual fundada na inércia inconstitucional frente a um dever determinado decorrente de norma de direito social, tal inércia não se mostrará no caso concreto como uma *inércia isolada* frente ao demandante, mas sim como uma inércia cujos efeitos dão-se em massa. Como exemplos, tome-se a falta de medicação nos postos públicos de saúde, que não atinge unicamente o demandante que se apresenta, mas toda a coletividade ou a falta de vagas em escola pública, etc.

Naturalmente, em sendo a ação individual, os limites subjetivos da demanda têm de ser *inter partes*, somente. Entretanto, tanto o fundamento do pedido quanto o pedido apresentados, ainda que restritos às partes, fornecem ao juiz o "conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil", uma vez que, como se demonstrou, a inércia dos poderes públicos em relação à prestação de serviços públicos dificilmente terá caráter individual e isolado.

Incidirá aí, portanto, o dever do juiz de remeter as peças ao Ministério Público, pois como se disse, em sede de direitos sociais a inércia dos poderes públicos só de forma excepcional atingirá isoladamente o demandante, evidenciando-se quase sempre um conflito de dimensão transindividual. Neste caso, a própria cópia da petição inicial instruída poderá ser enviada, constituindo-se como peça suficiente para que seja analisado o cabimento da instauração do inquérito civil, uma vez que a remessa deve ser *imediata* à verificação da possibilidade de cabimento da ação civil pública.

Sequer haverá necessidade de aguardar a resposta do demandado, tendo em vista que este procedimento pelo juiz não se constitui em nenhum juízo meritório, mas tão-somente em ato correcional e também se levando em consideração que a resposta do réu, neste caso, apenas dirá respeito à lide individual, não se prestando à formação de convicção acerca do possível litígio transindividual a ser formada pelo órgão do Ministério Público. Não há,

portanto, que se falar em frustração do contraditório, vez que não se trata de procedimento destinado a conhecer ou decidir acerca da inércia do Poder Público em nível coletivo. Neste sentido, aliás, firmou-se entendimento de que o dever do juiz de remessa das peças, por ser imediato à verificação da presença de circunstâncias que poderiam ensejar a propositura da ação civil pública, independe do trânsito em julgado da sentença (NERY JR.;NERY, 2003, p. 1331).

A iniciativa do juiz, nesta situação, limita-se tão somente a ato de cunho administrativo, de caráter correcional e informativo, razões pelas quais nem se firma a competência do juízo pela prevenção, nem fica o juiz informante impedido ou suspeito para conhecer da ação civil pública, caso venha a mesma a ser proposta.

Compete ao Ministério Público, a partir daí, exercer seu múnus investigatório, requerendo informações ao órgão omisso a fim de decidir acerca da instauração ou não do inquérito civil[181] ou acerca da propositura ou não da ação civil pública[182], não ficando o promotor de justiça, evidentemente, obrigado a ajuizar a ação e nem sequer a instaurar o inquérito, vez que a *opinio actio* é sua e não do juiz informante (NERY; NERY, 2003, p. 1331). Mas, reitere-se, se o promotor de justiça não está obrigado a propor a ação, o juiz, de seu lado, está obrigado a informá-lo das circunstâncias que poderão vir a ensejar a tutela coletiva daquela pretensão que foi apresentada individualmente, mas que denuncia, pela força dos fatos que fundamentam o pedido, sua potencialidade coletiva. Com isto, nem se prejudica a ação individual, nem se sobrepõe esta à ação coletiva que, sem a iniciativa informadora do juiz, permaneceria no "limbo".

---

[181] "O inquérito civil é um verdadeiro 'instrumento de cidadania', e muitas vezes a sua própria instauração aborta a possibilidade de conflito transindividual, ensejando a participação da sociedade, organizada ou não, na esfera pública. Ademais, o seu adequado manejo evita a propositura de lides temerárias, além de ser palco de alternativas à movimentação da máquina jurisdicional, posto que importantes medidas extrajudiciais de composição do conflito coletivo são adotadas nos autos do inquérito" (RODRIGUES, 2006, p. 89). A autora destaca, dentre as medidas extrajudiciais cabíveis, o termo de ajustamento de conduta.

[182] Em sendo o inquérito civil procedimento administrativo de investigação, não é obrigatório. Assim, se se entender que há elementos suficientes, poderá a ação civil pública ser proposta diretamente (RODRIGUES, 2006, p. 86).

Desta forma, as ações isoladas fundadas em normas de direito social, ao invés de provocarem uma inversão na lógica social destes direitos, subvertendo o princípio da inclusão que lhes é inerente, a fim de beneficiar um demandante isolado ao arrepio dos outros co-titulares do mesmo direito que não tiveram oportunidade de fazer valê-lo em juízo, assumirão um papel de impulsão das ações coletivas que permaneceriam tão-só no plano virtual. A ação individual, através da iniciativa do juiz em comunicar o Ministério Público acerca da potencial lide transindividual, retira a ação coletiva do longo inverno em que hibernava, acordando-a para a efetividade.

4.1.3. Ação civil pública e justiciabilidade da dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Outro motivo determinante da escolha da ação civil pública como instrumento adequado à tutela dos direitos sociais deve-se à sua aptidão para imprimir justiciabilidade às normas pertencentes à dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Demonstrou-se que a dimensão objetiva enseja uma justiciabilidade específica, própria de normas que são vinculantes, mas que não são passíveis de serem reduzidas ao esquema individual subjetivista. A vinculação estabelece-se em razão do *devedor* da prestação contida da norma, objetivamente, ainda quando não seja possível a identificação de “um” ou “do” *credor* correspondente, titular do direito subjetivo. Assim, a vinculação do legislador ou do administrador à norma subsiste também na dimensão objetiva, não se diluindo o mandado constitucional pela ausência de um titular do direito. Aliás, na perspectiva objetiva, *titular é o devedor* da conduta, e não o contrário; podendo-se falar, de outra parte, em beneficiados ou atingidos.

Ora, em sendo assim, é evidente que uma ação individual mostrar-se-ia inadequada para pleitear-se o adimplemento de um dever estatal concreto estabelecido por uma norma fundamental objetiva. Se o direito subjetivo não se configurou, mas permaneceu, entretanto,

válido o mandado constitucional a ação civil pública levada a cabo por qualquer de seus co-legitimados mostra-se ideal à promoção do direito a que corresponde o dever concreto contemplado na norma, mesmo nos casos em que não é possível a individualização do credor da prestação. A doutrina vinha já, de certa forma, reconhecendo tal possibilidade:

> Não se pode afastar do exame do Judiciário o pedido em ação civil pública que vise a compelir o administrador a dar vagas a crianças nas escolas ou a investir no ensino, a assegurar condições condignas e suficientes para o cumprimento das penas pelos sentenciados, a propiciar atendimento adequado nos postos públicos de saúde, a assegurar condições de saneamento básico ou segurança pública no Município ou no Estado etc. (MAZZILLI, 2006, p. 128).

Faltava, entretanto, a consciência de que a inexistência de direitos subjetivos numa dada situação jusfundamental não era empecilho à exigibilidade da norma objetiva. Isto reporta novamente à relevância do entrelaçamento entre Direito Processual e Direito Constitucional, pois a idéia de que os direitos fundamentais inerentes à dimensão objetiva não teriam titular correspondente e que, por esta razão, não seriam passíveis de realização compulsória por via judicial deu-se ao arrepio de que o processo conhece e promove formas de tutela dos direitos que prescindem do referencial subjetivo.

A *ação civil pública* é via adequada à justiciabilidade das normas concernentes à dimensão objetiva dos direitos fundamentais porque as normas objetivas das quais não é possível exarar-se um direito subjetivo contemplam, no mais das vezes, um *direito difuso*. É assim quando, exemplificativamente, há previsão de participação da comunidade na organização do Sistema Único de Saúde, previsto no art. 198, III, CF, regulada pela Lei n. 8.142/199, segundo a qual o Conselho de Saúde deve ser formado, entre outros, por profissionais da saúde e usuários do sistema, que devem “atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros” (BARCHIFONTAINE, 2005, p. 47).

Ora, embora a participação da comunidade na organização do SUS não possa, inicialmente, gerar direito subjetivo, é certo que o mandado constitucional não se esmorece e que há um *dever concreto* do Estado a que corresponde um *direito difuso* de toda a sociedade, que pode ser levado a cabo por associações civis e pelo Ministério Público, além dos demais co-legitimados, por meio da ação civil pública, em caso de desatendimento do preceito constitucional objetivo. Desta forma, confirma-se que a dimensão objetiva não serve como simples norteamento da atividade estatal: ao passo que ela impõe um dever concreto, o direito também concreto a que lhe corresponde, embora não possa ser individualizado, por ser difuso, não perde sua aptidão para tornar-se compulsoriamente exeqüível.

4.1.4. Subsistem as condições da ação?

Sendo os direitos sociais, na qualidade de direitos transindividuais que são, tão diferentes dos direitos individuais e a tutela voltada à sua proteção, igualmente diferente, resta a pergunta: subsistem as condições da ação na ação coletiva? Não se pretende aqui estudar a natureza das condições da ação, pois estas ligam-se muito mais à relação jurídica material do que à processual, propriamente, além de afastarem-se da teoria abstrata da ação (SILVA; GOMES, 1997, p. 108-132).

O foco desta investigação é o de, sabendo-se que as condições da ação foram adotadas pelo ordenamento processual pátrio e aceitas de forma inconteste pela doutrina e jurisprudência, questionar sua pertinência quanto ao tratamento dos direitos transindividuais por ação específica, como é a ação coletiva.

Sabe-se que as condições da ação foram moldadas para um processo de cunho individual. Pense-se na legitimidade processual como a correspondência entre a titularidade da ação, no plano processual, e a titularidade do direito, no plano material. Certamente, a legitimidade processual é a condição da ação que melhor expressa a idéia de individualidade,

bem como a de titularidade do direito como propriedade individual. Também o interesse para agir espelha a filosofia de um processo individualista, no qual o interesse dá-se à exclusão dos outros. Não à toa seja o primeiro passo para criação das condições de possibilidade de uma ação coletiva a ampliação dos conceitos de legitimação e interesse para agir (CAPPELLETTI, 1988, p. 50; SANTOS, 1994, p. 150).

Isto impõe a indagação acerca de se as condições da ação devem ser (re)moldadas à imagem e semelhança da ação coletiva ou se devem ser simplesmente afastadas, em se tratando de direitos transindividuais[183].

O que é desde logo certo é que as mesmas não podem, de forma alguma, sob pena de abortamento de toda a idéia de proteção coletiva dos direitos, ser imposta à ação coletiva nos mesmos moldes em que são impostas à ação individual. Porém, infelizmente, quando se pensa estar isento desta sorte de interpretação conservadora, vêem-se renovadas tentativas de reducionismo dos direitos transindividuais. Ainda que a doutrina especializada alerte para o equívoco decorrente desta subversão de valores, permanecem os intentos de subjetivação dos direitos de natureza não individual.

Assim, há quem defenda a idéia de um *direito subjetivo* à formulação de uma pretensão de caráter *difuso*, afirmando-se a necessidade de que o direito difuso tenha *um* titular, convertendo-se então o direito difuso em direito subjetivo. Tudo isto arrematado pela idéia de que *o* tal titular seria o Estado (FRONTINI, 2005, p. 494 ss). Vê-se neste exemplo presentes todas as premissas de conversão do direito difuso em direito individual, restando por conseqüência praticamente a aniquilação da defesa dos direitos difusos como direitos que dizem respeito à coletividade, sem referência a um titular individual.

---

[183] "No tocante aos processos coletivos, a revolucionária legislação brasileira, constitucional e infraconstitucional, teve que buscar soluções novas, adequadas a conflitos sociais que abrangem numerosos membros do corpo social. Era esse o desafio que se antepunha ao processualista brasileiro: ou ficar adstrito aos esquemas processuais clássicos, que deixavam sem solução jurisdicional os conflitos de interesse transindividuais, renunciando assim a seu tratamento pelas vias processuais; ou bem utilizar a técnica processual para edificar novos esquemas, próprios dos processos de massa" (GRINOVER, 1996, p. 118).

De outro lado, ao mesmo tempo em que a especificidade do direito material posto em juízo não pode e não deve ser ignorada, mas, ao contrário, observada, respeitada e atendida, tampouco pode se proclamar absoluta autonomização face ao Direito Processual comum, sob pena de prejuízo para o próprio direito material tutelado, razão pela qual se propugna por um Direito Processual Constitucionalmente adequado, decorrente da preocupação de imprimir adequada tutela aos direitos constitucionais, mormente em relação aos subtutelados direitos sociais. Conforme se salientou acima, não poucos são os problemas oriundos de se ignorar a formalidade processual, naquilo em que ela se mostra pertinente.

Parece, portanto, que a solução não há de se encontrar em nenhum dos extremos antípodas: nem se pode cogitar a exigência da presença das condições da ação nos termos em que as mesmas são requeridas nas ações de cunho individual, nem se poderá afastar plenamente sua aplicação. A tutela adequada dos direitos transindividuais, e conseqüentemente dos direitos sociais, demanda adequação também das condições da ação, moldadas à realidade material e processual em que se aplicam.

4.1.4.1. A possibilidade jurídica do pedido

A possibilidade jurídica do pedido reflete a exigência de que o pedido encontre previsão no ordenamento jurídico. É muito comum que os manuais de Teoria Geral do Processo exemplifiquem esta condição como a proibição de cobrança de débito de jogo ilícito ou ação de reintegração de posse em terreno na lua.

Embora elucidativos os exemplos, não permitem entrever que o cerne desta condição da ação é que a prestação jurisdicional, estatal, só se põe a serviço de um direito material igualmente estatal, ou seja, previsto pelo ordenamento jurídico do Estado. Esta condição impediria que manifestações do chamado “pluralismo jurídico” (WOLKMER, 1994) pudessem ser objeto da prestação jurisdicional, tendo ela um viés preponderantemente

legalista, a despeito da admissão de outras formas de normatividade para além da lei, tais como analogia, costumes e princípios.

Evidentemente, os direitos fundamentais rompem radicalmente com esta lógica, estabelecendo um regime que é por muitos compreendido como de primado dos princípios, afirmando-se inclusive o Estado constitucional como o Estado da decadência da lei em prol dos princípios[184].

Se a possibilidade jurídica do pedido subsiste, ela tem de adequar-se, em sede de direitos fundamentais, inclusive os sociais, e direitos difusos em geral, à realidade de uma ponderação principiológica que, em grande parte, se substitui ao modelo de subsunção legal. Assim, em se tratando de direitos sociais como o direito à saúde, à educação, ao lazer e de direitos transindividuais em geral, como o direito à higidez do meio ambiente, à boa-fé contratual, à segurança dos produtos disponibilizados no mercado, se a necessidade de fundamentação jurídica do pedido subsiste como condição da ação, esta fundamentação deve dar-se preponderantemente com base em *formulações principiológicas*.

A tentativa de imposição de condição da ação com base em premissas legalistas herdeiras da ideologia liberal do século retrasado deve ser rejeitada, sob pena de fracasso da tutela coletiva dos direitos sociais e transindividuais como um todo.

Paulo Salvador Frontini (2005, p. 494-496), por exemplo, entende que os interesses difusos reconduzem-se a *direitos* difusos tão-somente quando a legislação concretamente

---

[184] "Aquella ideología que quería ver en la ley la única o fundamental fuente del Derecho, encarnación indiscutible de la *justicia legal* emanada de la soberanía, abstracta y general en su contenido, y garantía de la certeza jurídica y de la previsibilidad de las acciones del ciudadano, se presenta sólo y en mejor de los casos como un glorioso arcaísmo histórico, cuando no como una ideología legitimadora o encubridora de una realidad mucho más compleja y, por cierto, mucho menos luminosa para las pretensiones del legislador. (...) Si a partir de la censura iniciada por el antiformalismo entró en decadencia la *ideología* legalista, a partir del Estado constitucional lo que se produce principalmente es una crisis de la *práctica* legalista" (SANCHÍS, 1998, p. 25) [Aquela ideologia que queria ver na lei a única ou principal fonte de Direito, encarnação indiscutível da justiça legal emanada da soberania, abstrata e geral em seu conteúdo, e garantia da certeza jurídica e da previsibilidade das ações do cidadão, se apresenta apenas e na melhor das hipóteses como um glorioso caso de arcaísmo histórico, quando não como uma ideologia legitimadora ou acobertadora de uma realidade muito mais complexa e, por certo, muito menos luminosa para as pretensões do legislador. (...) Se a partir da censura iniciada pelo antiformalismo entrou em decadência a ideologia legalista, a partir do Estado constitucional o que se produz principalmente é uma crise da prática legalista].

reconhecer um *direito subjetivo*, daí concluindo que "se não há legislação qualificando um *interesse difuso* como *direito difuso*, o pedido formulado em ação civil pública, versando *interesse difuso* não normatizado como *direito difuso*, deverá preambularmente não ser conhecido. Faltará a condição da ação denominada *possibilidade jurídica do pedido*". O argumento, antigo, ressurge sem inovações. Por esta razão, parece que velhas críticas formuladas contra este tipo de argumentação permanecem tão válidas quanto antes:

> A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável, impediu por muito tempo que os 'interesses' pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade (...) pudessem ser havidos por juridicamente protegíveis. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica (WATANABE, 1995, p. 501).

Aliás, a doutrina processual especializada entende ser ultrapassada a distinção entre interesses e direitos difusos, uma vez que a distinção consistia justamente no fato de que ao primeiro faltassem meios de tutela jurídica. Como hoje todos os "interesses" difusos são tutelados, cai por terra aquela distinção e, conseqüentemente, mostra-se mais apropriada a denominação direitos difusos, aceitando-se ainda sua utilização como sinônimos (WATANABE, 1995, p. 500).

4.1.4.2. Interesse de agir: necessidade e adequação da tutela em sede de direitos transindividuais

O interesse de agir é condição da ação que implica a presença de dois requisitos: a lesão ou ameaça de lesão a direito de que se seja titular e a adequação da tutela pretendida à proteção do direito lesado ou ameaçado. Esta dupla perspectiva do interesse para agir implica, portanto, a *necessidade* e a *adequação* da tutela (CINTRA *et al*., 1999, p. 257). A adequação da tutela, por outro lado, implica igualmente sua utilidade, vez que é inútil a tutela se não for a mesma apta a produzir os efeitos pretendidos (GRECO FILHO, 2003, p. 81; DINAMARCO, 1993, p. 175).

Tradicionalmente, o requisito da necessidade vincula-se à legitimidade processual[185], entendendo-se que somente tem interesse em agir *o* titular do direito violado. Como se analisará a questão da legitimidade no item subseqüente, debruça-se agora tão somente no aspecto da violação ou ameaça de violação do direito. Evidentemente, em se tratando de direitos transindividuais, a violação do direito pode assumir contornos de pulverização, como se dá nos casos de publicidade abusiva ou programação televisiva atentatória contra a integridade psíquica e moral de crianças e adolescentes.

Em tais casos, somente se interpreta a violação de acordo com a natureza do direito. Se este for individual, a violação ou sua ameaça será individual. Entretanto, se for difuso o direito, obviamente será difusa a violação, não se podendo impor o critério da violação individual nos casos em que a mesma não possa ser aplicada[186].Neste sentido, afirma Celso Bastos (1981, p. 39) que "cumpre reconhecer o interesse de agir, mesmo em situações onde não esteja presente o clássico direito subjetivo lesado, que exige um nível de concreção e individualização que as modernas formas de agravo a direitos, por serem abstratas e coletivas, não possuem".

Entendido como necessidade da tutela – e excluída a questão da imputação do interesse a um titular determinado, exigência que diz respeito à legitimidade para causa –, o interesse processual não impõe obstáculos à proteção judicial dos direitos transindividuais, pois, da mesma forma como se dá com os direitos individuais, há aqui também ameaça ou violação de direito e necessidade da intervenção jurisdicional para proteção do direito violado ou ameaçado de violação.

Em sentido oposto, entende Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 164; 168 ss) que os interesses difusos "não constituem uma situação diferenciada ou de privilégio

---

[185] "Esta última circunstância [o interesse deve ser passível de atribuição a um titular determinado] é a mais questionável, seja porque ela desbordaria do interesse processual para configurar, já, a legitimação para agir" (MANCUSO, 2004, p. 163).

[186] Sem exclusão da possibilidade de que a lesão manifeste-se *também* no plano individual.

individual, violação ou ameaça possa fazer emergir uma sanção previamente estabelecida em lei e que se possa fazer valer em juízo", tendo, portanto, de recorrer ao conceito de interesse legítimo, a fim de permitir a tutela jurisdicional dos direitos difusos. Não se vê, porém, a razão pela qual a *ausência do caráter individual* da violação do direito repercuta como *ausência de violação* que possa ser reprimida pelo Judiciário.

Ora, os direitos difusos receberam normatização que os torna muito mais do que meros interesses legítimos, torna-os direitos propriamente e impõe conduta em conformidade com a prescrição normativa. Logo, ainda que a violação não tenha caráter individual, violação houve e, portanto, sanção há.

No caso de publicidade abusiva, por exemplo, poderá a tutela não versar sobre reparação de dano, mas haverá, no mínimo, o dever de não fazer, de forma a impedir a repetição do ilícito. Neste caso, como é de se inferir, a tutela jurisdicional do Estado faz-se necessária, pois, sem ela, torna-se inviável a inibição da veiculação repetida da publicidade ilícita.

Por esta razão, não se concorda com a adequação de um suposto *interesse legítimo* que se situaria entre o direito subjetivo e o interesse comum (MANCUSO, 2004, p. 76). Há que se reconhecer que este conceito serviu, inicialmente, à ampliação das possibilidades de tutela jurisdicional das situações jurídicas não individuais, permitindo um "pequeno avanço"; porém, hoje os interesses difusos assumem o *status* de direitos propriamente (WATANABE, 1995, p. 500-501), restando o conceito de "interesse legítimo" mais do que prescindível, prejudicial.

Na visão de Mancuso (2004, p. 76) que "Não há, propriamente, uma diferença *essencial* [entre o direito subjetivo e o interesse legítimo], e sim, uma diferença em termos de *intensidade* quanto à proteção estatal". Não se pode concordar com tal afirmação. Como se sabe, o ordenamento brasileiro contemplou a proteção de todas as situações concernentes aos

direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, em nada se justificando tal diferenciação, supostamente quanto à sua intensidade. Esta visão acaba sendo, ela também, uma menos valia que se imporia à juridicidade dos direitos transindividuais, pois a suposta graduação (de intensidade) proporciona tão-somente um pretexto para interpretação diminuída da justiciabilidade destes direitos.

Deve-se também levar em consideração o fato de que a categoria de interesse legítimo faz sentido na Itália e em países do continente europeu, no qual a jurisdição é dual, havendo, além do Poder Judiciário, uma Justiça Administrativa. A distinção entre direito e interesse legítimo, lá sim, é fundamental, até mesmo para determinação da competência do órgão julgador (MELLO, 2006, p. 905-906).

Quanto à perspectiva da adequação da tutela, também compreendida como sua utilidade, a mesma não se esmaece em relação aos direitos transindividuais, mormente os sociais. Acima se fez referência à decisão do STF na ADIN-MC 1458-7, na qual o pedido (de suspensão de eficácia de medida provisória) era mesmo contraditório com o que se pretendia obter (visto que a suspensão da eficácia da norma, ao invés de aumentar, iria reduzir o valor do salário mínimo). Tratava-se de um claro caso de falta de interesse de agir, não por ausência de violação, que, aliás, foi reconhecida – assim como foram reconhecidas a legitimidade para a causa e a possibilidade jurídica do pedido –, mas por ausência de adequação do pedido ao resultado que se pretendia.

Por outro lado, a utilidade da prestação jurisdicional, que se exige do demandante na qualidade de condição da ação como escolha da via processual adequada à satisfação do direito material alegado, impõe também ao Estado a contrapartida de que a jurisdição prestada seja útil, ou, como se disse, que a *tutela efetivamente tutele*. Ainda no mesmo exemplo, o que se teve foi um voto cuja fundamentação na parte material reconheceu a pretensão alegada e,

na parte processual, não tutelou adequadamente o direito pretendido. A prestação jurisdicional mostrou-se inútil, ao fim.

Assim, pode-se dizer que a condição da ação *interesse de agir* deve ser reinterpretada quanto à perspectiva da *necessidade*, dissociando-se a noção de que violação do direito somente há quando o direito tenha um titular determinado – noção esta, aliás, que se vincula muito mais à condição de legitimidade processual do que de interesse – e mantida, e mesmo acentuada, quanto à perspectiva da *adequação ou utilidade*.

4.1.4.3. Legitimação processual e co-titularidade: encontrando um autor para os direitos fundamentais sociais

Nos processos individuais, a legitimação para causa decorre da correspondência entre a titularidade da ação, no plano processual, e a titularidade do direito, no plano material. Como se viu, a noção de titularidade é caracterizada pela individualidade e pela exclusão dos demais, não titulares; assemelhando-se, assim, a uma propriedade individual sobre um direito.

Não é difícil concluir, portanto, que esta concepção de legitimação para agir não pode ser aplicada aos processos coletivos, nos quais se discutem direitos que não podem ser atribuídos a um titular exclusivamente, justamente por que não se dão à exclusão dos demais, que são seus co-titulares. Neste sentido, manifestaram-se Marinoni e Arenhart (2006, p. 63):

> Considerado o denominado ‘sistema de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos’ (...), percebe-se que a idéia de legitimidade para a causa não tem nada a ver com a titularidade do direito material, até porque não se pode dizer, por exemplo, que alguém é titular do direito à higidez do meio ambiente.

Assim, a regra que coíbe, ordinariamente, postulação em nome próprio de direito alheio não se aplica à tutela coletiva dos direitos, uma vez que não tem cabimento falar em direito próprio ou alheio na seara de direitos transindividuais, como se demonstrou ao tratar da co-titularidade dos direitos sociais, as conclusões anteriores são aplicáveis também aqui,

pois “quando se pensa em ‘direito alheio’, raciocina-se a partir de uma visão individualista, que não norteia a aplicação da tutela coletiva” (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 727).

Afinal,

> a legitimação, nos interesses difusos, não pode ser resolvida em termos de perquirição sobre a titularidade da pretensão; isso seria até uma *contradictio in re ipsa*, visto que tais interesses são... difusos, e isso basta para que seja descartada a investigação quanto à afetação dos mesmos a um ‘titular’ determinado (MANCUSO, 2004, p. 188-189).

Como bem ilustrou Mauro Cappelletti (1977, p. 135), não há como qualificar como próprio ou alheio o direito ao ar que se respira, não há como definir a quem pertença. Logo, “o antigo ideal da iniciativa processual monopolística centralizada nas mãos de um único sujeito, a quem o direito subjetivo ‘pertence’, se revela impotente diante de direitos que pertencem, ao mesmo tempo, a todos e a ninguém”.

A própria base conceitual sobre a qual repousam os conceitos de legitimação ordinária e extraordinária ruiu, o que torna ainda mais notável o fato de que a doutrina detenha-se na discussão sobre se a legitimação do Ministério Público ou de associações civis configuraria ou não caso de substituição processual[187].

Com isto se confirma que a necessidade de reforma, agora, versa antes sobre a ideologia dos juristas e não mais sobre as leis, uma vez que “a legitimação *ad causam* ativa consagrada no Código [CDC], para o aforamento das ações coletivas, foi a mais ampla possível” (WATANABE, 1995, p. 512) e, sobretudo, tendo em vista a “estrutura que já se modificou, no plano constitucional, desde a Carta de 1988, saudada por toda a doutrina como um marco na proteção aos direitos metaindividuais” (RIBEIRO DANTAS, 2000, p. 87-88).

[187] De acordo com o art. 6º do Código de Processo Civil, há legitimação ordinária quando se tem a correspondência entre o titular do direito material alegado e o autor da ação; há legitimação extraordinária quando se pede em nome próprio direito alheio, caso em que se configura a substituição processual, sendo substituído o titular do direito material.

É por esta razão que se tem falado em *legitimação autônoma* para causas coletivas em substituição ao que se chamou de "institutos ortodoxos" do Direito Processual (NERY JR, 2004, p. 156; MARINONI, 1999, p. 90).

De qualquer sorte, e com independência da denominação que se atribua, a legitimação para as causas coletivas impõe questões que persistem e que devem ser, tanto quanto possível, atendidas, analisando-se caso a caso as hipóteses em que o Direito Processual comum – de aplicação subsidiária aos processos coletivos – mostrar-se-á ou não compatível à natureza inclusiva dos direitos transindividuais a serem tutelados. Os institutos processuais deverão submeter-se a um "trabalho de renovação, reinterpretação e adequação ao atual alargamento experimentado pelo processo, de molde a satisfazer as necessidades da tutela de massa" (RIBEIRO DANTAS, 2000, p. 87).

Dentre estas questões, podem destacar-se a) a característica concorrente e disjuntiva da legitimação conferida pelo sistema coletivo de tutela dos direitos; b) a opção pelo critério da representação legal (*ope legis*) em substituição ao critério da representação adequada (*ope judicis*); c) o desempenho dos co-legitimados no exercício de suas atribuições; d) a natureza da representação do Ministério Público, das associações civis e dos demais co-legitimados; e) a exclusão, pelo sistema pátrio, da legitimação a cada um dos co-titulares individualmente considerados para proposição da ação coletiva.

Em qualquer caso, deve-se lembrar que os "institutos processuais ortodoxos", incompatíveis com o processo coletivo, não poderão ser esgrimidos como óbice à plena e eficaz tutela dos direitos transindividuais, tendo a efetividade das ações coletivas, inclusive, encontrado guarida no art. 83 do CDC[188].

[188] Kazuo Watanabe (1995, p. 521) assegura, quanto a este dispositivo, que o mesmo se trata de norma auto-aplicável, podendo-se desde logo extrair várias conseqüências, dentre as quais "a da interpretação do sistema processual pátrio de modo a dele retirar a conclusão de que nele existe, sempre, uma ação capaz de propiciar, pela adequação de seu provimento, a tutela efetiva e completa de todos direitos dos consumidores". Comentando o mesmo dispositivo, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (2000, p. 100) afirma que "não podemos deixar de registrar o entusiasmo por esta construção, que implica mesmo uma releitura, quanto ao processo, do princípio

Se se pressupõe que todo o poder tenha um titular, é certo, porém, não ser necessário que este seja determinado (LISBOA, 2000, p. 55). Ou tampouco que se trate de titular exclusivo, acrescente-se. Logo, se a legitimação processual ainda se constitui como o maior ponto de estrangulamento dos direitos transindividuais, isto ocorre principalmente devido à dessintonia resultante da aplicação que se lhe dá nos processos coletivos pelo viés da interpretação de cunho individualista.

Mais uma vez, para além de lúdico, é útil retomar-se a metáfora dos jogos de encaixar peças com os quais brincam as crianças; há que se aprender a observar a forma do objeto que se pretende encaixar, a respeitar esta forma e a encontrar a forma correspondente à qual o objeto encaixe-se: as regras do Direito Processual de cunho individual que *não se encaixem* no processo coletivo não devem ser aplicadas "à força".

Por outro lado, há que destacar que se a doutrina diverge acerca da qualificação da legitimação em ordinária, extraordinária ou autônoma, é possível dizer que um dos pontos mais pacíficos sobre o tema da legitimação é, talvez, aquele do acerto da opção legislativa na adoção de um sistema pluralista de representação dos direitos transindividuais. Lembre-se que a ampliação da legitimação para agir, como se salientou antes, está diretamente vinculada ao maior ou menor grau de participação no processo de interpretação constitucional – e a quase totalidade dos direitos transindividuais encontrem fundamentação constitucional – e, conseqüentemente, de abertura democrática na realização da ordem constitucional.

A propósito, quando Peter Häberle (2002b, p. 23; 24) fez uma tentativa de apresentação de um catálogo sistemático dos participantes do processo de interpretação constitucional[189], a fim de demonstrar que a mesma não é evento exclusivamente estatal e que

---

legalista estampado no art. 5º, caput, da Constituição, que há de merecer uma hermenêutica mais consentânea às novas propostas de proteção judicial de massa".

[189] Sinteticamente, este catálogo inclui: a) as funções estatais; b) os participantes do processo de decisão que não são necessariamente órgãos do Estado (tais como autor e réu, associações, partidos políticos, grupos de pressão); c) a opinião pública (a propósito, Häberle chama atenção para a reivindicação de legitimação ativa das associações de pais); d) a doutrina constitucional (HÄBERLE, 2002 b, p. 20-23).

a este processo têm potencial acesso todas as forças da comunidade política, afirmando que assim deve ser porque “a interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos”, fez direta referência à questão da legitimação processual, dando como exemplo a reivindicação das associações de pais para ter reconhecida sua legitimidade para agir.

Inicialmente, a doutrina ofereceu diferentes alternativas de legitimação para as ações coletivas, tendo-se, ao fim, optado pela que se denominou de “legitimação concorrente e disjuntiva”, significando com isto a possibilidade de que os co-legitimados atuem isoladamente ou em litisconsórcio voluntário (MANCUSO, 2004, p. 195). Assim, optou-se por “soluções compostas, articuladas e flexíveis” que “consistem, essencialmente, no juntar e integrar a ação e o controle dos organismos governamentais com a iniciativa dos indivíduos e dos grupos privados diretamente ou, tão-somente, indiretamente interessados” (CAPPELLETTI, 1977, p. 143).

Com isto, legitimam-se também os órgãos públicos voltados à proteção dos direitos transindividuais, tais como os Procons, mesmo que sem personalidade jurídica, desde que autorizados pela autoridade administrativa competente (vez que não podem agir *sponte sua*), a ajuizar ações coletivas na defesa dos direitos de área afim. Também a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) pode ajuizar ações coletivas além do círculo estrito do seu quadro de associados, o que, em vista das suas finalidades institucionais, configura-se como dupla tutela dos seus objetivos, pela proteção de seus associados e de toda comunidade (MAZZILLI, 2006, p. 273).

Um ponto polêmico, porém, foi o da opção pelo critério da representatividade atribuída pela lei em detrimento daquela verificada em concreto pelo juiz, o chamado critério da representatividade adequada das associações civis. Ao passo que a primeira permitia que o arbítrio do juiz verificasse no caso concreto ou grau de representatividade da associação civil

em relação ao grupo social ou ao direito pretendido, a fim de verificar sua aptidão para promover adequadamente a defesa dos direitos em juízo, a opção legislativa foi a de estabelecer um critério legal para verificação da possibilidade de as associações civis litigarem em ações coletivas.

Os critérios legais consistem, basicamente, na existência formal da associação há pelo menos um ano e na pertinência temática, ou seja, na correspondência entre o direito transindividual perseguido e a sua finalidade institucional (MAZZILLI, 2006, p. 275). Como críticas relativas ao sistema *ope legis* de verificação da representatividade adotado, podem-se elencar as concernentes ao engessamento da representação oriunda da sociedade civil, bem como do fato de que associações que preencham estes requisitos não necessariamente mostrar-se-ão representantes adequados dos direitos defendidos. Daí dever-se verificar *ope judicis* a idoneidade da associação que solicita a tutela dos direitos.

Em que pese o acerto desta crítica, é preciso dizer que o sistema legal de verificação da legitimidade das associações civis, de outra banda, garante, no mínimo, uma maior segurança quanto à admissão destas instituições em juízo. Bem se sabe não serem poucos os magistrados que, apegados aos dogmas liberais, vêem, *ainda*, com aversão ou "excesso de parcimônia" a proposição de ações coletivas, inclusive por parte do Ministério Público e, especialmente, por parte das associações civis.

Bem ou mal, o critério legal representa, em certo grau, a garantia de que as associações civis poderão, preenchidos os requisitos, demandar em ações coletivas. Assim, não poderá o magistrado barrar a ação coletiva proposta pelas associações civis logo em sua porta de entrada, com base em discricionariedade fundada em critérios nem sempre aceitáveis.

Outra questão que assoma é a de verificar o desempenho dos co-legitimados no exercício do poder que lhes foi conferido. Desde logo se pode dizer que o segundo dos co-legitimados – o próprio Estado – é provavelmente o último no *ranking* de proposições de

ações coletivas. Se isto se justifica, em parte, pelo fato de que ele, Estado, é a parte passiva da relação processual coletiva em grande parte destas ações, não o justifica totalmente, devendo esta omissão do Estado tornar-se mais freqüentemente alvo de crítica doutrinária.

Quanto às associações civis, em vista da expectativa criada em torno a elas, parte da doutrina mostra-se frustrada, considerando-se, num plano global, a baixa representação em juízo das mesmas. Enfim, é preciso "saber *até que ponto* essa legitimação concorrente-disjuntiva, que o legislador ordinário chegou a abrir até para entidades 'sem personalidade jurídica' (art. 82, III, do CDC), veio a efetivamente *motivar* os entes políticos e os setores representativos da sociedade civil" (MANCUSO, 2002, p. 105-106).

De qualquer sorte, não se pode deixar de reconhecer a relevância da atuação de associações civis como o IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor, e da ADECON/PE – Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor de Pernambuco. A última constitui um dos raros casos em que, no âmbito estadual, uma associação civil encampa mais ações coletivas do que o Ministério Público.

Tendo em vista a falta de tradição de associativismo no Brasil, o trabalho (hercúleo) destas associações deve receber sempre toda a sorte de incentivo, sobretudo quando se pensa na realidade de desaparelhamento físico e de pessoal que a maior parte delas vive. Com todas as dificuldades, elas prosseguem propondo ações judiciais – e extrajudiciais – e mobilizando os setores sociais mais diversos, com uma riqueza de estratégias ainda inédita em relação aos demais co-legitimados[190]. Além disto, um dos objetivos da inclusão das associações no rol de co-legitimados para a propositura das ações coletivas foi justamente o caráter didático que assume esta atuação. Através dela, aos poucos, vai-se formando a consciência de uma prática social associativista, num processo de aprendizagem gradual e crescente.

[190] Tome-se como exemplo a cartilha "O SUS Pode Ser Seu Melhor Plano De Saúde", de autoria do IDEC. Além de desmitificar a idéia de que os planos de saúde privados são imprescindíveis às famílias brasileiras, ensina a como melhor utilizar o SUS e a como exigir os direitos em caso de desatendimento.

Evidentemente, numa sociedade civil ainda fragmentária como a brasileira, o Ministério Público assume, na qualidade de parte, a parcela significativa das ações coletivas. Este órgão, juntamente com a Defensoria Pública e os Municípios, responde por 87,2% das ações civis públicas propostas, cabendo às associações a parcela de 10,34% (RODRIGUES, 2006, p. 76). A atuação louvável do Ministério Público implica, entretanto, um risco de paternalismo que decorre da desproporcionalidade entre sua atuação e a dos demais.

A verdade é que o Ministério Público tem sabido desincumbir-se com desenvoltura o novo papel constitucional que lhe foi consignado, mostrando-se atento aos reclames sociais e, por isto mesmo, tem sido alvo de inúmeras tentativas de limitação de suas atribuições (RODRIGUES, 2006, p. 71).

Persiste, também, a questão de saber qual é a natureza da representação dos direitos transindividuais. Acima, quando se tratou da inadequação da categoria de direito subjetivo para tratamento dos direitos sociais, fez-se remissão à idéia, divulgada por Mauro Cappelletti (1977, p. 132), de que os direitos difusos, tal como os personagens pirandellianos, seriam direitos à procura de um autor, propondo a questão que, ao que parece, permanece intrigando a doutrina, não tanto em relação às soluções técnicas adotadas – pois ao que se indica a solução pluralista adotada pelo sistema pátrio de tutela coletiva dos direitos é de fato a melhor – mas em relação às considerações de ordem política que subjazem à técnica: “Quem se pode fazer de paladino e tutor?”.

Assim, ainda que se possa dar solução técnica ao problema da representação dos direitos de massa, mantém-se a questão sobre a sua natureza. Intui-se que será difícil encontrar uma resposta definitiva e, se e quando vier, será dada antes pela teoria política do que jurídica.

Finalmente, há que questionar se a exclusão de indivíduos isolados do rol de legitimados para proposição de ações coletivas foi acertado. Afinal, se todos são co-titulares,

por que não permitir que cada um possa, quixotescamente, assumir a frente dos interesses de todos? Ao que parece, a solução adotada pela legislação brasileira, no sentido de não admitir proposição de ações coletivas por indivíduos isolados – exceção feita à ação popular – mereceu respaldo doutrinário.

Muitas são as razões para se temer estas iniciativas isoladas: tanto a temeridade de mau uso do poder, em conluio com o demandado, ou mesmo, principalmente, o fato de que o litigante ideológico dificilmente terá os meios de litigar adequadamente, sobretudo diante de grandes corporações ou do Estado, o que finda beneficiando igualmente o demandado. Neste sentido, Cappelletti (1991, p. 211) disse ser “menos eficaz que um número limitado de pessoas motivadas por sua própria participação”. No mesmo sentido, Kazuo Watanabe (1995, p. 513) ressaltou que “ponderações várias, como as pertinentes ao conteúdo político da demanda, à produção de provas adequadas e ao prosseguimento destemido nas instancias superiores, e à necessidade, enfim, de um fortalecimento do autor da demanda coletiva, fizeram com que se excluísse a legitimação individual”.

Além disto, deve-se ressaltar que a legitimação conferida aos indivíduos isoladamente em nada iria contribuir para o fortalecimento do associativismo dos cidadãos. Se a idéia de promoção de participação popular consiste, também, no sentido pedagógico da organização da sociedade civil, certamente isto não se obteria pela ação “quixotesca”, ainda que louvável, de indivíduos dissociados de seus concidadãos.

Parece, ao fim, e tal como sucede com os personagens de Pirandello, e que pelo se pode contar da experiência jurídica contemporânea, malgrado algumas dificuldades de ordem ideológica que ainda se impõem, que os direitos transindividuais encontraram expressão e puderam exibir seus dramas.

Ao que parece, a correlação entre a peça de Luigi Pirandello e os direitos transindividuais, ao final, vai muito além do título. Ora, os personagens não estavam

simplesmente à procura de *um* autor, mas sim, *de autor*; estavam à procura de manifestação e voz, de *dramatização dos seus problemas*, no sentido dado por Habermas (1997a, p. 91). Nisto, embatem-se uns com os outros e procuram sobrepor seus dramas uns sobre os outros.

Não é esta uma perfeita metáfora para tais direitos? A complexidade e a heterogeneidade impõe a coexistência das diferenças, e privilegia a expressão de cada uma delas, importando menos quem se arrogue o papel de expressá-las: "O DIRETOR: Ah, afinal, o seu drama! Mas não é o único, me desculpe! Existe também o dos outros! O dele (indicará o pai), o da sua mãe! Não se pode deixar que um personagem avance assim demais e se sobreponha aos outros, ocupando o palco inteiro. É preciso combinar todos num quadro harmônico" (PIRANDELLO, 2004, p. 111).

4.2. A tutela inibitória coletiva dos direitos fundamentais sociais

4.2.1. A tutela inibitória e o controle das omissões administrativas: pode o Judiciário determinar gastos à Administração?

Antes de avaliar a adequação da tutela inibitória para eficácia dos direitos sociais é importante salientar, sem repetir os argumentos analisados anteriormente, que neste ponto está *pressuposto* o cabimento da atividade jurisdicional *sem invasão* da esfera reservada à Administração e sem substituição da esfera política pela técnica. Logo, aqui se pressupõe que a atividade jurisdicional não está excedendo suas funções estatais e que a discricionariedade administrativa não está sendo violada. Por outro lado, e em consonância com o que se estudou até o momento, isto significa que as escolhas e decisões políticas podem e devem ser respeitadas *no limite* em que as mesmas se dêem em conformidade com a ordem jurídica, não se admitindo, portanto, omissões abusivas e ilegais, caso em que o controle jurisdicional não somente é possível, como é necessário.

Por outro lado, o ativismo judicial democraticamente responsável deve ter como objeto de ponderação, relembre-se, a própria atividade jurisdicional, o que tem por conseqüência que a avaliação sobre seu cabimento só pode dar-se no curso da própria demanda, vez que é impossível sua verificação em abstrato, sem que ao juiz seja permitida a cognição dos fatores determinantes à ponderação dos bens em jogo. É no curso do processo, portanto, que se busca o difícil (mas inafastável) equilíbrio entre liberdade de escolha política e dever de atuação.

Além disto, não se deve imaginar que uma vez transposta a discussão sobre inadimplência dos deveres de prestação da Administração para seara jurisdicional a possibilidade de escolha política da Administração desapareça. Embora este equívoco seja comum, deve-se ter em conta que, ao contrário, o processo permite oportunidades de exercício da discricionariedade administrativa quanto à escolha do modo adequado de adimplemento do dever, ainda que não lhe seja permitido decidir sobre a oportunidade e conveniência de adimplir ou não, quando o dever de adimplemento decorrer de imposição legal. Porém, é-lhe permitido, na seara processual, escolher a forma como pretende adimplir o direito, como se verá adiante.

Deve-se, porém, propor uma questão preliminar sobre se pode o Judiciário determinar gastos à Administração, uma vez que os argumentos sobre a separação dos poderes são, no campo processual, atualizados. Inicialmente, há que se ressalvar que a tutela inibitória dos direitos sociais não impõe um gasto à Administração, mas sim um fazer, um *præstare* a que está ela obrigada e que implica gastos, como, aliás, todas as ações estatais, inclusive as destinadas à preservação das liberdades. Mas isto não responde totalmente à questão proposta.

Em geral, a doutrina que nega possibilidade de se imputar à Administração um fazer, por entender rompimento com o princípio da separação dos poderes, não vê problema no

arbitramento de um valor indenizatório em favor do particular lesado por ação ou inação estatal ilegal. Ao contrário, esta espécie de intervenção judicial parece ser a única aceita com unicidade não só pela doutrina e pela classe dos magistrados, mas igualmente pelos dois poderes estatais envolvidos.

Nisto é que surge uma questão processual de máximo interesse: A ideologia patrimonialista inerente à sentença condenatória e ao processo tradicional parece cegar a visão de que, afinal de contas, a imposição de pagar a indenização à parte lesada não é, acaso, a imposição de um gasto à Administração? Mais do que isto: não é, porventura, a imposição de um fazer no sentido lato (pagar) com franco e explícito conteúdo financeiro? Note-se, portanto, que mais uma vez a ideologia, desta feita processual[191], tem imposto condicionamentos relevantes à questão da separação dos poderes.

Assim, refaz-se a pergunta inicial: vem o Judiciário, no exercício de suas funções cotidianas, se abstendo de determinar gastos à Administração? Ora, uma vez que até hoje o Judiciário tem pouca tradição em ordenar um fazer ou um deixar de fazer em sentido estrito, quase toda a intervenção judicial para defesa das liberdades dos particulares, em vista de ter sido veiculada por meio da tutela ressarcitória dos danos decorrentes de invasões ilegais, teve por resultado a imposição de um gasto. Isto significa que *historicamente o Judiciário sempre atuou no sentido de determinar à Administração que gastasse*, ainda que com o objetivo de reintegrar a esfera patrimonial do lesado, o que, de qualquer forma, implica determinação de como gastar as verbas públicas. E isto sem que nenhuma das partes tenha jamais proclamado por um rompimento da separação de poderes.

[191] Os condicionamentos ideológicos do processo tem sido freqüentemente objeto de estudo dos processualistas, voltados, entre outros temas, para a repercussão imediata da vinculação da jurisdição à idéia de estatalidade, a separação dos processos de conhecimento e de execução e a universalização da sentença condenatória, cuja contingência histórica e política é comumente obscurecida, negando a suposta neutralidade da técnica jurídica (VERDE, 1988, p. 39 ss; BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 131 ss; MACHADO, 2004, p. 111 ss).

4.2.2. Conceito e abrangência da tutela inibitória

Disposta nos textos dos art. 461 do CPC[192] e 84 do CDC[193], a tutela inibitória prevê a disciplina do cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer em sua forma específica ou a determinação das providências que assegurem o resultado equivalente ao seu cumprimento. É tutela que tem por objetivo prevenir a prática, continuação ou repetição de um ilícito e que tem por objeto a imposição de um fazer ou não fazer, de cuja conduta positiva ou negativa dependa o cumprimento de obrigação ou dever ameaçado, através de uma ordem garantida por meio de coerção indireta.

A *inibição do ilícito* assume fundamental importância em sua configuração. É nisto que consiste seu aspecto inibitório, mesmo diante da imposição de um fazer positivo, além de imprimir-lhe caráter genuinamente preventivo, voltada que é à prática, continuação ou repetição de atos futuros potencialmente violadores de direito, nisto residindo sua especificidade (MARINONI, 2003, p. 35 ss). Através dela, o autor busca a satisfação de um direito *in natura* (SPADONI, 2002, p. 67).

Por estas razões, o sistema de tutelas do art. 461 do CPC não se limita às obrigações propriamente ditas, apesar da utilização imprópria deste termo no referido dispositivo. Uma tal limitação seria destituída de propósito, para além de implicar exclusão inaceitável dos deveres que não possam caracterizar-se como obrigações *strictu sensu*. Por isto, sua aplicação estende-se a todos os *deveres jurídicos* cujo objeto seja um fazer ou um não fazer, entendidos tais deveres como "imposição jurídica da observância de determinado comportamento ativo ou omissivo, passível de ser resguardado por sanção", incluindo-se os interesses relacionados aos direitos transindividuais (TALAMINI, 2001, p. 126 ss).

---

[192] CPC, art. 461: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[193] CDC, art. 84: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Da mesma forma, é hoje pacífico o entendimento de que ela alberga tanto as obrigações infungíveis quanto as fungíveis. Antes de prosseguir, convém a breve conceituação destas categorias. É infungível a obrigação que somente pode ser cumprida pelo próprio devedor, em razão de qualidade ou característica que lhe é imanente, como nos casos em que a obrigação é firmada em razão dos dotes artísticos ou intelectuais do obrigado ou na qualidade técnica de um profissional. Fungível é a obrigação para cujo cumprimento é irrelevante a figura do devedor, podendo a mesma ser adimplida por terceiros, sem prejuízos à satisfação do credor, como nos casos em que há contratação de serviços de limpeza e assistência técnica. Finalmente, fala-se em obrigação juridicamente infungível, que é aquela na qual o cumprimento pela pessoa do devedor não decorre de suas características próprias, mas sim de previsão contratual. A infungibilidade jurídica é, de fato, uma fungibilidade natural e, portanto, pode receber o mesmo seu tratamento, a critério do credor (POPP, 2001, p. 88 ss).

Nem sempre prevaleceu a tese do cumprimento específico das obrigações de fazer e de não fazer fungíveis e infungíveis, opondo-se a incoercibilidade das obrigações infungíveis em razão da máxima *nemo ad factum præcise cogi potest*[194], motivada na preservação da dignidade da pessoa e na vedação de sua coisificação.

Porém, como explica Eduardo Talamini (2001, p. 34), é possível a superação da vontade do devedor sem coisificá-lo, tal como ocorre na tutela substitutiva da declaração de vontade, na qual a infungibilidade da prestação pode ser superada pela fungibilidade jurídica. Especialmente, continua o autor, quando o devedor não é pessoa física, mas ente ao qual se confere personalidade jurídica, não se poderá cogitar de ofensa à dignidade humana.

Assim, tanto as obrigações infungíveis quanto as fungíveis são passíveis de cumprimento na forma específica, pela utilização de mecanismos de atuação sobre a vontade

[194] "Ninguém pode ser obrigado a fazer".

do devedor. Evidentemente, se tais mecanismos não atingirem sua finalidade, em se tratando de obrigação infungível, nada mais restará ao credor, exceto o ressarcimento pelos danos após a consumação da violação do direito, tendo em vista ser faticamente impossível a utilização do corpo ou do intelecto do devedor para prestar algo a que este se recuse a fazer. As obrigações fungíveis, por outro lado, caso não sejam adimplidas pela via da coerção indireta antes referida, poderão converter-se em execução, por sub-rogação, resolvendo-se a obrigação no resultado prático equivalente[195] (SPADONI, 2002, p. 159 ss).

Igualmente, a possibilidade de que a obrigação fungível resolva pelo resultado prático equivalente não pode ser interpretada como a impossibilidade de aplicação das medidas coercitivas indiretas, pois a previsão de meios típicos de execução por sub-rogação não exclui a execução indireta (MARINONI, 2003, p. 142).

Assim, pode-se dizer que o uso das técnicas de coerção pela pressão psicológica, tais como a multa ou a ameaça de prisão por crime de desobediência da ordem judicial, que objetivam o adimplemento da obrigação na sua forma específica, não podem ser negadas, sob pena de se "negar, se não o próprio Direito, sua operacionalidade". De qualquer sorte, a aplicação das medidas coercitivas deve ser determinada sempre pela proporcionalidade entre a medida coercitiva e o valor do bem jurídico a ser resguardado (TALAMINI, 2001, p. 34 ss).

4.2.3. Tutela inibitória e mudança paradigmática: Gánia e os talentos do dinheiro

Pode-se dizer que as principais inovações[196] promovidas pela tutela inibitória dizem respeito, em primeiro lugar, à possibilidade de adoção de medidas de caráter executivo no próprio processo de conhecimento e, em segundo lugar, à possibilidade de *tutela do direito*

[195] É este o teor do primeiro parágrafo do art. 461: "A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente".

[196] Não se fala em inovação por desconhecer outros institutos processuais que já possibilitavam técnica semelhante (tutelas inibitórias típicas, como o mandado de segurança, o interdito proibitório e a nunciação de obra nova), mas fazendo referência ao caráter inovador da tutela inibitória como técnica apta a solucionar parcela significativa dos litígios (como tutela atípica, genérica e não residual) no próprio processo de conhecimento.

em si, técnica que jazia, até pouco tempo, desprezada pela processualística – em vista da cultura jurídica fortemente arraigada que determinava o cálculo do direito material lesado pelo seu equivalente pecuniário –, além de estabelecer um sistema geral de prevenção que torna efetiva a tutela jurisdicional com simples referência ao ilícito[197].

É fácil notar a extensão destas alterações, motivo pelo qual a doutrina vem discutindo o tema de forma incessante, seja para conformá-lo à forma tradicional de processo que se conhecia, seja para, ao contrário, impulsionar a recepção das mudanças. O fato é que, se antes havia um "muro de Berlim" que separava os processos de conhecimento e de execução, este foi fortemente alvejado com as primeiras alterações processuais de 1994, e ruiu fragorosamente com as recentes alterações da Lei 11.232/05[198]. Sem enfrentar o teor das recentes reformas da terceira etapa, é, acredita-se, sensivelmente pacífica a constatação de que a execução das decisões judiciais foi reaproximada das próprias decisões, dispensando-se a propositura de novo processo (desde que tenha havido um processo de conhecimento).

A rigorosa separação entre os processos de cognição e de execução encontrava, outrora, justificativas políticas e jurídicas de monta. O processo que surgiu à imagem e semelhança do Iluminismo, libertador face ao poder ilimitado do Estado absoluto, não poderia resultar em nada que não fosse a mais firme garantia contra intervenções arbitrárias do Estado na esfera jurídica dos particulares. A garantia de segurança jurídica era, então, proporcionada pelo requisito da preexistência de um título judicial (e conseqüentemente da coisa julgada) à execução.

São bem conhecidas as críticas às limitações do processo que, inspirado pelos princípios da Revolução francesa, não chegou a "alcançar" a Revolução industrial, tendo

---

[197] Como afirma Joaquim Felipe Spadoni (2002, p. 11), nem o processo cautelar, nem a tutela antecipatória permitiram a estruturação de um princípio geral de prevenção no sistema processual brasileiro, uma vez que quase sempre voltadas a garantir a eficácia do provimento jurisdicional final, além de vinculadas a tutelas de tipo repressivo.

[198] Que instituiu uma fase de cumprimento da sentença (art. 475-I e ss), no *mesmo processo* em que ela foi proferida.

permanecido estagnado nos esquemas individuais muito depois da sociedade ter-se tornado massificada. Assim, a queda daquele muro veio a atender a necessidade de adequação do processo a uma sociedade já muito diferente da do século XVIII, em que o réu era visto como potencial prejudicado pelas arbitrariedades do Estado, que deveriam ser contidas pela segurança jurídica da coisa julgada. Hoje, ao contrário, justamente os direitos sociais e os direitos do consumidor produziram uma explosão de litigiosidade que alterou os perfis de demandante e demandado, colocando consumidores e trabalhadores proeminentemente na posição de autores, ao passo que grandes conglomerados econômicos multinacionais que prestam serviço de telefonia, planos de saúde, empreiteiras, montadoras, enfim, aquilo que Cappelletti (1988, p. 25) denominou de litigantes habituais, assumem a posição de réus do processo de conhecimento[199]. Este quadro, portanto, inverte as posições de autor e réu que fundaram as preocupações com a segurança do processo séculos atrás e que determinaram a separação do processo civil clássico entre conhecimento e execução em momentos tão estanques.

Diante deste cenário, a penalização do autor que tem razão com o ônus do tempo do processo que, até pouco tempo, era arcado exclusivamente por ele, constituía-se em clara ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal que, entre outras garantias, assegura a solução do litígio dentro de prazo razoável[200] (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 201 ss; MARINONI, 1999, p. 218 ss; CRUZ E TUCCI, 1999, p. 234 ss). Embora hoje, em razão da Lei n. 11.232/05, a regra seja o cumprimento da sentença no próprio processo de conhecimento, é necessário reconhecer o pioneirismo das disposições dos art. 84 do CDC e

[199] Também é importante lembrar que estes litigantes habituais, quando credores, não necessitam de processo de conhecimento no mais das vezes, já que são dotados de títulos executivos extrajudiciais, o que lhes permite ingressar diretamente no processo de execução, agora regulado pela Lei 11.382/06.

[200] Pode-se dizer que o tempo razoável do processo foi o mote da Emenda constitucional n. 45, que determinou a reforma do Judiciário, bem como do "Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano", firmado pelos presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado e Supremo Tribunal Federal, em 15 de dezembro de 2004.

461 do CPC, que tornaram prescindível o tortuoso caminho da execução específica autônoma, com evidente repercussão para o tempo necessário à satisfação do direito do autor.

Assim, característica fundamental à tutela inibitória é a *possibilidade de satisfação no próprio processo de conhecimento*, ao mesmo tempo marcado pela cognição plena e exauriente – vez que declara a situação jurídica do autor frente ao réu –, mas marcado também pela mandamentalidade, consistente na ordem do juiz, garantida não só pela força em si do comando ao qual fica o réu vinculado, inclusive sob pena de crime de desobediência[201], como também pela coerção indireta que a ela se liga, na forma da multa, além da possibilidade de execução por sub-rogação em se tratando de obrigações fungíveis.

A sentença mandamental foi entre nós objeto de primeira análise por Pontes de Miranda (1970, p. 211), que a caracterizou como uma sentença cuja solução final consiste no *ordenar* do juiz, ato que somente por ele pode ser praticado, por representar a *estatalidade* (em virtude da qual é possível ser emanada a ordem), distinguindo-a da sentença executiva, que consistiria em ato privado da parte, substituída pelo juiz. Ao passo que a segunda ressaltaria a idéia de jurisdição como função do Estado de tratar interesses privados das partes, a primeira ressaltaria a estatalidade da jurisdição.

As duas teriam em comum o fato de preverem atividade jurisdicional após a prolação e o trânsito em julgado da sentença. Com a Lei 11.232/05, esta não pode mais ser considerada uma nota distintiva em relação às demais sentenças, visto que a execução dos títulos judiciais dá-se no mesmo processo. Em razão disto, a antiga rejeição à classificação quinária das sentenças – tributária da aversão ao exercício do poder de *imperium* do juiz e que, segundo Ovídio Baptista da Silva (2001, p. 342) decorre da concepção do direito como fenômeno meramente normativo, em que tudo "se passa como se o direito nasça e se exaura no 'mundo das normas'" – surge renovada, defendendo-se que, com a recente reforma, a

[201] Com base no art. 330 do Código Penal, Joaquim Felipe Spadoni (2002, p. 193 ss) assinala "ser a ameaça de prisão para o caso de violação da ordem judicial uma medida coercitiva, passível de utilização pelo magistrado, com o fim de obter o atendimento à decisão inibitória por ele proferida".

distinção entre as sentenças condenatória, mandamental e executiva *lato sensu* perdeu o sentido (RIBEIRO, 2006, p. 144 ss).

Parece, ao contrário, que o elemento determinante da força executiva das sentenças é a estrutura e a função do direito material discutido, e não "o beneplácito da técnica processual" (ASSIS, 2006, p. 12). De qualquer sorte, é necessário compreender que se trata de tipos-ideais, impassíveis de se manifestarem exclusivamente sob uma das formas. Além disto, a resistência ao *imperium* do poder jurisdicional na esfera civil e a necessidade de comandos imperativos que resguardem, de forma preventiva, a ordem jurídica, sobremodo nos seus valores essenciais, que *não podem ser mensurados patrimonialmente*, recomenda com toda força a identificação de uma sentença fundada na *ordem judicial*, com a qual a condenação não se confunde.

Disto resulta ainda outra inovação técnica promovida pela tutela inibitória, a *tutela do direito em si*, que também se coaduna com a necessidade de um processo apto a compreender e dar respostas à sociedade contemporânea, na qual os chamados "novos direitos" não admitem técnica ressarcitória na forma pecuniária – técnica, aliás, herdeira do liberalismo jurídico, pois como explica Ovídio Baptista da Silva (2000, p. 340 ss), os seus pressupostos ideológicos calcavam-se na intangibilidade da pessoa, não aceitando intervenção judicial sobre as esferas da vontade e da liberdade, cuja autonomia não admitia submissões de nenhuma espécie.

Isto permite identificar as razões pelas quais a atividade jurisdicional gravitou durante tanto tempo em torno aos pedidos indenizatórios a que aquela técnica conduziu: transmudando, qual Midas, todos os direitos em pecúnia, resguardava o devedor de ser submetido contra sua vontade[202].

[202] Por esta razão o Código de Napoleão estabelecia que todas as obrigações de fazer resolviam-se na indenização das perdas e danos.

Hoje, porém, um processo que não obrigue ao cumprimento específico da obrigação devida não pode atender minimamente as expectativas sociais, motivo pelo qual Luiz Guilherme Marinoni (2001, p. 31 ss) afirmou que a adequada tutela dos direitos transindividuais não deve apenas passar pela necessária revisão das condições da ação, mas também e especialmente pela *superação das técnicas ressarcitórias* de proteção dos direitos de conteúdo não patrimonial. Assim, a poluição de mares e rios deve antes ser prevenida ou reintegrada ao status anterior do que merecer compensação financeira por cálculo equivalente. O mesmo se diga quanto à morte de paciente por falta de atendimento em hospital.

Numa sociedade marcada por contratos de massa, não só modificou-se a natureza dos direitos, como também a dos litígios e, conseqüentemente, a natureza da solução exigida para o seu adequado deslinde, não mais se aceitando "o pífio consolo de uma indenização que de modo nenhum os compensaria adequadamente do prejuízo sofrido, *insuscetível de medir-se com o metro da pecúnia*" (BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 24 – grifou-se).

De fato, a patrimonialização dos direitos decorre da *desconsideração do valor jurídico* do bem em si, como se este somente tivesse relevância quando acoplado a algum valor pecuniário. A incoercibilidade das obrigações é o reflexo de um ordenamento jurídico pretensamente neutro em relação à complexidade das relações sociais, coerente com um mercado que "desconsidera as qualidades do sujeito", razão pela qual a tutela ressarcitória é o instrumento que viabiliza "expressar apenas o custo econômico do valor da lesão", mantendo "íntegros os mecanismos do próprio mercado, sem alterar a sua lógica" (MARINONI, 2001, p. 18).

A lógica patrimonialista de redução dos direitos à sua expressão econômica reproduz as crenças de Gánia sobre as qualidades do dinheiro. Gánia é um homem sem talento ou originalidade, cujos propósitos resumem-se a obter sucesso financeiro, motivado pela crença de que o dinheiro sobrepõe-se às qualidades dos homens, as compensa, transmuda-se nelas.

Assim também é com o discurso jurídico que condiciona a salvaguarda dos direitos à hipótese de lesão patrimonial significativa[203].

Gánia é um personagem que Dostoiévski (2005, p. 518; 517) classifica – dentro de sua conhecidíssima tipologia de pessoas ordinárias e extraordinárias – como um homem ordinário bem mais inteligente, o que vale dizer que "apesar de contagiado, da cabeça aos pés, pelo desejo de originalidade", conservava, ao menos, o "vermezinho da dúvida". Parece, entretanto, que o discurso jurídico patrimonialista que, assim como Gánia, reduz todos os talentos ao dinheiro, enquadrar-se-ia como discurso de um homem ordinário menos inteligente, marcado pelo "descaramento da ingenuidade, essa indubitalidade do homem tolo em relação a si mesmo e ao seu talento".

É possível, portanto, dizer que a tutela inibitória exerceu uma mudança de paradigmas no campo do Direito Processual, provocando, ao menos, o "vermezinho da dúvida", abalando as certezas de um discurso jurídico patrimonialista inapto à proteção dos direitos destituídos de repercussão econômica. A comprovação disto está na recém concluída terceira etapa da reforma processual, que consagrou a reunião da cognição e da execução no mesmo processo e valorizou a especificidade do direito material a ser tutelado, privilegiando sua observância em detrimento do ressarcimento pecuniário do valor estimado do direito, reconhecendo o desgaste da estrutura tradicional contida nos binômios *cognição-execução* e *lesão-indenização* e consagrando as sentenças mandamental e executiva. Mas, fundamentalmente, reconhecendo os "talentos do direito" e não aqueles do dinheiro, que muitas vezes não coincidem.

[203] A expressão "significativa" deve-se às freqüentes experiências forenses em que conciliadores ou juízes demonstram franca e desinibida antipatia frente a demandas de "baixa repercussão econômica" que "sequer valem a pena a movimentação da máquina jurisdicional", em total desconsideração ao que se tem dito aqui: o valor de um direito não se mede pelo seu valor pecuniário, mormente quando tais direitos podem não ter *nenhuma* repercussão financeira.

4.2.4. Prevenção e ilícito: irrelevância do dano e da culpa e sua repercussão quanto à prova

Ao considerar o valor do bem jurídico em si, sem reduzi-lo à sua repercussão patrimonial em caso de lesão, evidencia-se também o aspecto preventivo da tutela inibitória. Afirma Marinoni (2003, p. 71 ss) que ela é o corolário do princípio geral de prevenção no ordenamento jurídico processual pátrio. Assim, e à diferença do que ocorre com as tutelas cautelar e antecipada, a tutela inibitória não visa a impedir a frustração da eficácia do provimento final, mas tem por objetivo e pedido principal evitar a lesão do direito material (SPADONI, 2002, p. 29 ss).

Uma genuína tutela preventiva deve atender ao disposto no princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional estatal, previsto no art. 5º, XXXV da CF, que estende o direito de ação às hipóteses de *ameaça a direito*. Esta exigência constitucional de tutela preventiva dos direitos atende à natureza dos chamados novos direitos, cuja violação dificilmente admite reparação na forma específica e reintegração ao estado anterior e muito mais dificilmente admite reparação financeira, tal como se dá em relação ao direito ambiental, aos direitos difusos do consumidor, entre muitos outros. Da mesma forma, a tutela preventiva confere uma proteção diferenciada a direitos que, em não sendo "novos", adquirem nova conotação, através de uma tutela efetivamente preventiva, tal como se dá em relação aos direitos de personalidade.

Assim, ao visar a prevenção do direito, a tutela inibitória tem por objetivo evitar a ocorrência da sua lesão. Com isto, há uma fundamental transição de objeto da tutela, que deixa de ser o dano e passa a ser o ilícito: o dano torna-se, portanto, *irrelevante*. Como o pedido, na tutela inibitória, *não é a indenização* do dano, mas simplesmente a *inibição do ilícito*, sua continuação ou repetição, a fim de evitar a lesão ao direito, o dano não se configura como objeto do processo, *prescindindo de demonstração*.

As vantagens que daí decorrem são muitas, mas principalmente elas se evidenciam no plano probatório e na simplificação da cognição do juiz. Como se sabe, o dano, em se tratando de direitos transindividuais, pode implicar complexa demonstração. Logo, é possível pedir a cessação de um ilícito sem a demonstração do dano, da mesma forma como é possível pedir a inibição de um ilícito ameaçado (ainda não praticado) sem a demonstração de um dano futuro (MARINONI, 2003, p. 46).

Por outro lado, a tutela inibitória dos direitos sociais tem por fundamento jurídico o dever concreto de atuação da Administração, seja diretamente exarado das normas constitucionais quando a densidade normativa o permitir, seja a partir da sua densificação infraconstitucional. O fundamento fático do pedido consiste, portanto, tão só na *omissão* do poder público devedor da prestação. Aliás, note-se que este fundamento fático pode prescindir de demonstração, quando for notória a omissão dos poderes públicos na área sobre a qual se requer a atuação estatal (art. 334, I, CPC). Também se deve levar em conta, caso a omissão não seja reconhecida pela demandada, que a omissão requer prova diferenciada da prova de um agir ilícito e que o juiz pode realizar de ofício a inspeção judicial, caso a entenda necessária à verificação da omissão, nos termos do art. 440 do CPC.

Da mesma forma como o dano é irrelevante à configuração da tutela inibitória, a demonstração da *culpa* é também *despicienda*, vez que a mesma somente é necessária à investigação da responsabilidade civil, que na ação inibitória não se discute (MARINONI, 2003, p. 47 ss; SPADONI, 2002, p. 55 ss). Ora, não se pede ressarcimento de danos, não se cogita de responsabilidade; logo, *pouco importam as questões relacionadas à culpa ou ao dolo*, bem como, no caso dos direitos sociais, as razões pelas quais o Poder Público não vinha até então adimplindo o dever agora judicialmente exigido.

Ora, o litígio versa sobre a omissão ilícita frente a um dever de fazer e o pedido, portanto, consiste no cumprimento daquele dever, impedindo que o ilícito seja praticado,

continuado ou repetido. Sendo voltada ao futuro, o objeto do conhecimento da tutela inibitória não versa sobre culpa, nem mesmo em relação a um eventual dano futuro que, embora possa existir, não se constitui no objeto do processo. Assim, se o Poder Público não proporciona acesso à educação de crianças, embora muitos possam ser os danos daí decorrentes, foge completamente ao objeto da prestação jurisdicional, em sede de ação inibitória, a alegação e demonstração de danos, pois a mesma não impinge punição a quem cometeu o ilícito, mas tão-somente impede que o mesmo aconteça.

4.2.5. A tutela inibitória coletiva das prestações fáticas positivas estatais: efetividade na defesa dos direitos fundamentais sociais

Da mesma forma como se demonstrou a adequação da tutela coletiva dos direitos sociais à sua eficácia, de forma a assegurar a participação social na sua concretização constitucional, bem como a resguardar a especificidade social destes direitos, sem reduzi-los à eficácia dos direitos individuais, cujos contornos, nestes casos, mostram-se limitados, também a tutela inibitória mostra-se mais apropriada à defesa judicial dos direitos sociais do que outras formas de tutela.

Como se viu, a tutela inibitória tem caráter predominantemente preventivo da prática, continuação ou repetição do ilícito, caracterizando-se pela coercibilidade do *facere*. Quanto aos direitos fundamentais sociais, o *ilícito* manifesta-se justamente pela *omissão inconstitucional* do dever estabelecido, decorrente de inércia frente a preceitos constitucionais determinados. Em se tratando dos direitos sociais, tais preceitos estabelecem, sobretudo, prestações fáticas na área dos serviços públicos básicos. Logo, a omissão inconstitucional, nestes casos, assume primacialmente a forma de inadimplemento de *deveres específicos de fazer*. Assim, a tutela que inibe o ilícito é a mesma que determina o cumprimento do dever inadimplido, materializando-se a proteção dos direitos sociais pelo *ordenar o cumprimento da prestação específica* em que consiste o dever inadimplido. A ordem judicial inibitória que

impõe um fazer, ao que se indica, é a melhor forma de tutelar tais direitos. E isto porque as técnicas ressarcitórias, mesmo em sua forma específica, não se mostram, em geral, compatíveis com o adimplemento dos direitos sociais.

Ora, uma ação voltada à eficácia dos direitos sociais cujo pedido mediato[204] seja o de implementação de um serviço público básico de educação, pela instalação de escola numa determinada comunidade ou pela contratação de transporte escolar, alternativamente, não pode encontrar adequada tutela da pretensão se o pedido tiver natureza condenatória. Mesmo uma tutela ressarcitória na forma específica não pode atender o objetivo pretendido.

E isto porque os danos decorrentes deste ilícito são de dificílima constatação (ao menos no atual estágio de desenvolvimento técnico). Como ressarcir, na forma pecuniária ou específica, os danos decorrentes, por exemplo, da falta de acesso à educação ou à saúde? Como determinar a extensão destes danos? Uma criança sem acesso à educação e que se torna, no futuro, um adulto criminoso pode ter mensurados, de forma a permitir um ressarcimento equivalente – pecuniário ou específico –, os danos que efetivamente sofreu pela exclusão do gozo de um direito social básico constitucionalmente assegurado? Parece que a resposta é negativa.

Tudo isto demonstra que, em se tratando de direitos sociais, a forma mais adequada de tutelá-los é através do pedido de inibição da omissão ilícita, pela imposição do fazer a que a Administração competente está constitucionalmente obrigada. Neste sentido, Eduardo Talamini (2001, p. 137) reconhece a da proteção dos direitos sociais, "exercitáveis perante o Estado, em que a prestação de determinados bens materiais integra atividade mais ampla, a ser desenvolvida pelo Poder Público", uma vez que são os mesmos "deveres de fazer, ainda que abranjam a instrumental transferência de bens materiais".

---

[204] O pedido imediato tem por objeto a prestação jurisdicional solicitada, ao passo que o pedido mediato é o bem da vida pretendido pelo demandante (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 10).

A possibilidade de utilização da tutela inibitória contra o Poder Público para determinação da realização dos direitos sociais tem sido admitida pela doutrina, que vê o instituto como forma eficaz de imposição do cumprimento dos direitos consistentes em prestações fáticas positivas (MARINONI, 2003, p. 101 ss; 2001, p. 117 ss; TALAMINI, 2001, p. 137 ss; POPP[205], 2001, p. 213; YARSHELL, 1993, p. 120 ss).

Assim, se antes se definiu a ação civil pública como instrumento apto a permitir o controle de constitucionalidade difuso das omissões administrativas, verifica-se agora que a tutela dos direitos sociais deve viabilizar-se por meio da tutela inibitória, em sua forma coletiva, tratando-se tais omissões inconstitucionais pela imposição dos deveres de fazer em que consistem os direitos fundamentais sociais.

Finalmente, convém demonstrar que a tutela inibitória na forma coletiva encontra plena guarida no ordenamento processual pátrio. Como foi dito, os sistemas da ação civil pública e de defesa do consumidor interpenetram-se, razão pela qual o art. 84 do CDC permite a fundamentação normativa do pedido inibitório, de forma mais ampla do que aquela prevista pelo art. 11 da LACP que, ao prever "cessação de atividade nociva" pressupõe um fazer ilícito já praticado, restrição não contida no texto do Código de Defesa do Consumidor, que permite a tutela genuinamente preventiva de qualquer direito difuso ou coletivo, dentre os quais se incluem os direitos sociais (MARINONI, 2003, p. 93 ss).

Neste sentido, Sérgio Arenhart (2003, p. 159) chama a atenção para que a plasticidade que a ação civil pública ganha com esta integração, em razão do disposto no art. 83 do CDC[206], da qual decorre a propriedade de falar-se em *ações civis públicas*, que, a despeito de receber a mesma rotulagem, ensejam uma complexa gama de ações aptas a

[205] Embora o autor refira-se à utilização da execução específica contra a Fazenda Pública para adimplemento *contratual*.

[206] CDC, art. 83: Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

“veicular quaisquer espécies de pretensões imagináveis”, inclusive e quiçá especialmente a pretensão inibitória.

2.4.6. A multa e o convencimento do réu: traga a carteira, Smiters

Em um episódio do seriado *Os Simpsons*, o executivo e dono de uma usina nuclear, Sr. Burns, é processado por desfazer-se dos resíduos tóxicos de sua usina de forma inapropriada. No julgamento, ele é condenado a pagar multa de três milhões de dólares. O valor anunciado pelo juiz, exorbitante para a média dos cidadãos que acompanhava o julgamento, arrancou um prolongado “ó” de surpresa da platéia. Entretanto, Sr. Burns, que estava de pé diante do juiz para ouvir seu pronunciamento, teve reação imediata muito distinta da do público. Virou-se para trás e ordenou ao seu assistente: “traga a carteira, Smiters”.

Ora, é sabido que a multa exerce papel fundamental na tutela inibitória. O mandamento contido nesta espécie de ação atua diretamente sobre a vontade do demandado, que, na hipótese, não é autônoma. É este diferencial, aliás, que fez com que durante muito tempo a sentença mandamental não fosse aceita, pois a mesma consiste em uma ordem, à qual se deve obediência. Sob a ideologia do primado da vontade, esta concepção era inaceitável, entendo-se que o poder estatal não poderia atingir a esfera da subjetividade, podendo somente atingir seu patrimônio, razão pela qual a responsabilidade era meramente patrimonial e pela qual as obrigações convertiam-se, em sede jurisdicional, sempre em ressarcimento pecuniário pelo inadimplemento.

Sendo a tutela inibitória tutela que atua diretamente sobre o fazer ou não fazer a que a parte está, por força da lei ou do contrato, vinculada, a responsabilidade patrimonial aplica-se em última instancia, excepcionalmente. A ordem em que consiste o pedido da ação atua diretamente, portanto, sobre a vontade do demandado, a quem compete cumpri-la. A coerção indireta tem, desta forma, papel fundamental na eficácia da tutela inibitória.

Ela visa a obter a "participação do obrigado e, pois, se destina a influir sobre a vontade do obrigado para que se decida a prestar o que deve" (CHIOVENDA, 1942, p. 288). Se seu objetivo é influenciar o demandado a cumprir a obrigação devida, somente faz sentido sua estipulação quando demonstrar aptidão para atingir a meta proposta, qual seja, convencer o demandado a obedecer a ordem judicial. Por esta razão, "deve ser fixada em montante que seja suficiente para fazer ver ao réu que é melhor cumprir do que desconsiderar a ordem do juiz", levando-se em consideração sua capacidade econômica, não somente analisando-se seu patrimônio imobilizado, "mas tudo que indique sua verdadeira situação financeira" (MARINONI, 2003, p. 216).

A propósito, importa notar que a multa deve ser estabelecida *exclusivamente* com base na capacidade econômica do demandado. Uma vez que a multa não se confunde com qualquer indenização devida ao demandante – aliás, em se tratando de tutela inibitória coletiva, não há qualquer margem para confusão, uma vez que a multa é revertida para os fundos federal, estadual ou municipal de direitos difusos, nos termos do art. 13 da LACP –, sendo coerção psíquica estabelecida como forma de influenciar o demandado a obedecer a ordem judicial, não deve ser arbitrada com base no binômio necessidade-possibilidade, que nesta hipótese não encontra nenhuma aplicabilidade. A multa deve ser *convincente* e, por esta razão, deve ser estipulada levando em consideração a capacidade daquele a quem se dirige, ou seja, o demandando, apenas.

É por este motivo que, tomando-se o exemplo de *Simpsons*, é completamente ineficaz arbitrar uma multa que pareça elevadíssima a toda comunidade, exceto ao réu, pois ele é o único a quem a multa diz respeito. O juiz, portanto, ao estabelecer o valor da multa deve ter a habilidade de ver com os olhos do obrigado, pois da mesma forma como não deve ser estipulado valor acima da capacidade econômica do réu, a multa muito abaixo do seu potencial patrimonial não se mostra somente insuficiente à sua submissão à autoridade da

decisão judicial, como transforma-se em motivo de pilhéria: transforma-se num incentivo ao desrespeito das decisões judiciais, às avessas. Afinal de contas, *a opção pela conduta ilícita não pode custar barato*.

A propósito, o documentário A Corporação demonstra claramente do que se está tratando. A política de proteção ambiental dirigida às empresas acaba sendo assumida não como uma política de regras impositivas, mas como uma relação de custo-benefício, tratada como uma decisão meramente comercial. Se for mais barato para as empresas descumprirem as regras que determinam a adequação a um padrão de proteção ao meio ambiente do que adequar-se, a escolha é sempre pelo descumprimento e pagamento das multas daí decorrentes. Ora, esta não pode ser considerada uma opção séria: as multas não podem constitui-se, elas mesmas, em estímulo às práticas ilícitas e degradadoras dos recursos naturais.

Aliás, a relevância da pressão psicológica e do papel do juiz na *equilibrada, mas eficaz* determinação do grau que deve assumir esta pressão é tanta que levou Sérgio Arenhart (2003, p. 343 ss) a afirmar que o futuro e o sucesso da tutela inibitória reside "na boa vontade do aplicador do Direito em interpretar os dispositivos concernentes a essa matéria – e na sua consciência da importância do tema para a efetivação dessa modalidade de proteção", uma vez que compete ao juiz proceder "ao adequado equilíbrio entre o direito e a execução respectiva, procurando fazer com que esta última ocorra de forma compatível e proporcional à peculiaridade de cada caso" (WATANABE, 1995, p. 529).

Em relação à cominação de multa contra a Fazenda Pública, nada obsta sua aplicação. A respeito, Eduardo Talamini (2001, p. 241) observa que o princípio da separação de poderes não exclui a hipótese de que a Administração seja ordenada a cumprir prestação sob pena de multa e que, inclusive, numa relação de separação de poderes idealizada, a multa tornar-se-ia mesmo desnecessária.

Finalmente, é preciso consignar que a imposição de um fazer à Administração que acarrete gastos *exige que a disponibilidade deste valor no orçamento público*, a fim de permitir à Administração prestar o dever a que está obrigada. Tal exigência, imposta pelo princípio da legalidade, *não pode nem precisa ser ignorada*, sendo possível seu atendimento pela decisão reconhecedora do direito social coletivamente pleiteado.

Quando a Administração estiver impossibilitada, em virtude de limitação orçamentária, de realizar o dever ao qual está vinculada, a ordem judicial, tendo em vista tratar-se de *tutela voltada à conformação do futuro*, não encontrará óbices à ameaça de multa:

> Justamente porque não se pode isentar a Administração dos seus deveres em virtude de falta de disponibilidade orçamentária, nada impede que a tutela inibitória ordene a realização da incumbência devida pela Administração e, alternativamente, a disponibilização, em orçamento, do valor necessário para a consecução de sua obrigação legal. *Se a Administração demonstrar incapacidade orçamentária para cumprir, prontamente, o determinado pela tutela inibitória, a multa incidirá apenas para obrigá-la a disponibilizar o valor suficiente e necessário para o cumprimento do seu dever*, reafirmado pela tutela inibitória que não pôde ser observada (MARINONI, 2001, p. 120 – grifou-se).

Anteriormente, se disse que configura um erro lógico imaginar a reserva financeira em termos estáticos, uma vez que os recursos públicos são captados em caráter permanente, sendo possível, portanto, que um orçamento posterior assuma a despesa relativa aos gastos sociais (GALDINO, 2002, p. 213). Demonstrada a insuficiência orçamentária ao cumprimento do dever ao qual está a Administração vinculada, deve ser compreendido, antes de tudo, que tal insuficiência é momentânea e que o orçamento público subseqüente pode e deve assumir a destinação judicialmente ordenada, aí sim, sob pena de multa.

2.4.7. Poder discricionário, tutela inibitória e pedido alternativo: instrumentalizando o equilíbrio desejado entre o Político e o Jurídico

No primeiro capítulo, verificou-se que nem a reserva do legislador, nem a reserva do administrador, nem a reserva financeira podem ser opostos à exigibilidade dos direitos sociais como desautorizações genéricas e apriorísticas, impondo-se a demonstração judicial de qualquer argumento legitimamente oponível à sua eficácia. Neste ponto, deve-se examinar se se pode pensar o controle jurisdicional da Administração, quanto à possibilidade de *imposição de um fazer*, em contraposição à sua *discricionariedade*. Esta avaliação deve-se ao entendimento comumente encontrado na doutrina de que tal intervenção judicial implicaria necessariamente supressão da esfera de discricionariedade do administrador, substituindo-se à sua esfera de escolhas. Propõe-se aqui que esta posição é incorreta e que a juridicização dos direitos sociais, através da imposição do cumprimento dos deveres específicos da Administração, não contradiz ou menos ainda suprime seu poder discricionário.

Ora, a análise da discricionariedade no Direito Administrativo salienta que a mesma é a margem de liberdade conferida ao administrador para eleger, dentro dos parâmetros estabelecidos normativamente, uma entre duas ou mais soluções possíveis (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 926; MEDAUAR, 2006, p. 109; DI PIETRO, 2001, p. 196).

Bandeira de Mello (2006, p. 409; 938) acentua ainda que não se deve recair no equívoco de pensar os atos administrativos como “vinculados” e “discricionários”, pois esta simplificação da linguagem tem por conseqüência despertar “a enganosa sugestão de que existe uma radical antítese entre atos de uma e de outra destas *supostas* categorias antagônicas”. E isto porque a liberdade conferida pelo poder discricionário é, em verdade, uma liberdade-vínculo, pois a liberdade sujeita-se não só às normas específicas a cada situação, como também “a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo” (MEDAUAR, 2006, p. 111).

Maria Sylvia Di Pietro (2001, p. 198) afirma que entre o agir e o não agir, somente haveria discricionariedade caso fosse possível “escolher entre atuar ou não”; caso não fosse possível esta livre escolha entre atuação e inércia, a atuação seria vinculada. Tudo isto, ainda, deve ser entendido ressaltando-se que “tal liberdade é *sempre relativa, sempre limitada e sempre contrastável pelo Judiciário*” (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 922).

Logo, devem-se destacar dois aspectos: o primeiro é o fato de que se a Constituição impõe um dever de atuação concreto à Administração, seja diretamente, seja por via de mediação legislativa, não há discricionariedade quanto ao seu cumprimento ou não, sendo inadmissíveis omissões inconstitucionais, que se submetem ao controle jurisdicional sem que se possa falar em invasão da discricionariedade administrativa; o segundo diz respeito ao fato de que controle jurisdicional das omissões inconstitucionais da Administração, em especial quando lhe ordena que faça ou preste algo, ao determinar o algo a fazer ou prestar, estaria imiscuindo-se à esfera discricionário do Estado, não em relação ao fazer em si, sobre o qual, como se viu, não paira discricionariedade, mas sim em relação à *escolha das diferentes soluções possíveis* pelas quais aquele fazer poderia ser levado a cabo de forma a satisfazer a determinação normativa. É este segundo aspecto que se passa a estudar.

Para tanto, tome-se como exemplo o dever do Estado de promover e incentivar a educação para todos, nos termos do art. 205 da Constituição. Imagine-se que em uma determinada comunidade pesqueira distante dos demais povoados, algumas dezenas de crianças não tenham o direito à educação respeitado, por falta de escola e de transporte escolar. Caso a associação de moradores ou o Ministério Público promovesse ação inibitória, visando a que a Administração adimplisse o dever de promover a educação, na sua forma específica, a ordem judicial que determinasse a atuação administrativa não findaria suprimindo a livre e legítima margem de escolha do Administrador quanto à solução mais conveniente e oportuna para o interesse geral?

Mais uma vez, parece que a resposta a esta questão tem sido dada na ausência de reflexão sobre um Direito Processual Constitucionalmente adequado. Embora parte da doutrina entenda que tal situação implicaria uma supressão da discricionariedade administrativa e uma substituição ilegítima do Político pelo Jurídico, não é correta esta presunção. O controle jurisdicional não afasta a possibilidade de que a Administração *exerça seu poder discricionário*. Na verdade, *o exercício deste poder deve ser processualmente oportunizado*.

Como se viu, o poder discricionário não se confunde com arbitrariedade. Antes, ele implica uma margem de liberdade, uma faculdade de escolha dentro dos parâmetros juridicamente estabelecidos, não sendo permitida à Administração a omissão inconstitucional ou a opção entre cumprir ou não a norma constitucional que estabelece o dever concreto de agir. Porém, *a Administração detém o poder de escolher*, a partir dos critérios de conveniência e oportunidade – critérios eminentemente políticos (mesmo quando tecnicamente orientados) –, *qual a melhor solução* dentre as opções compatíveis com os parâmetros estabelecidos pelas normas específicas que ditam o preceito social a ser adimplido, bem como com a principiologia que informa os atos administrativos, nisto residindo o mérito administrativo[207].

Ora, se o poder discricionário é um poder de decisão do modo como a Administração deverá adimplir seu dever, então, *também na seara processual*, à Administração compete esta escolha, o que está assegurado no art. 288 do CPC, que prevê a hipótese de ser possível o cumprimento da obrigação por mais de um meio e cujo parágrafo único que "quando, pela lei ou pelo contrato, a escolha couber ao devedor, o juiz lhe assegurará o direito de cumprir a prestação de um ou de outro modo, ainda que o autor não tenha formulado pedido alternativo".

[207] Que não se confunde com o mérito da ação, que é a relação jurídica material posta em juízo.

Ora, o *poder discricionário* que tem a Administração quanto à escolha da melhor solução para cumprimento da imposição constitucional *converte-se*, em nível processual, em um *pedido alternativo*, pois "não seria lícito a uma parte, unilateralmente, arrogar-se o *jus eligendi* pertencente à outra" (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 12).

Embora a doutrina reconheça a relação entre pedido alternativo e obrigações alternativas, previstas nos art. 252 e seguintes do Código Civil, bem se vê que o texto processual não se limita a esta hipótese, sendo cabível a faculdade de que trata o art. 288 do CPC em situações jurídicas mais amplas do que as relativas às obrigações alternativas, desde que presente o requisito de recair a escolha sobre o devedor da prestação, por força da lei ou do contrato. No caso em tela, a escolha do modo como deve ser adimplida a prestação de direito social compete à Administração, em razão do seu poder discricionário atribuído por lei.

Em sendo assim, na ação que visa ao cumprimento da prestação social específica, a escolha da solução conveniente e oportuna, quando mais de uma houver (e quase sempre será o caso), compete à Administração demandada, e não ao demandante ou ao juiz. Por outro lado, a aplicação do referido dispositivo em ação coletiva não encontra qualquer empecilho, uma vez que o art. 19 da LACP autoriza a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, no que não forem contrárias as disposições.

Isto significa que no exemplo citado acima, constatando-se a omissão inconstitucional, a ordem judicial que impusesse o *præstare* constitucional não poderia suprimir a oportunidade processual da demandada de manifestar sua decisão sobre qual a melhor solução para o caso concreto. Ou seja: à Administração competiria expressar, no exemplo antes dado, se a melhor solução seria a construção de uma escola e a contratação de professores ou a garantia de vagas em instituição de ensino de localidade vizinha e

contratação de transporte escolar que conduzisse os estudantes até o estabelecimento educacional.

Disto resulta que a peça inicial da ação inibitória deve conter um pedido alternativo que contenha as possíveis soluções a serem adotadas pela Administração pública para adimplemento do dever específico, resultando também que a demandada não fique vinculada às alternativas elencadas no pedido. O juiz, portanto, deve assegurar que a ré tenha a oportunidade processual de escolher a via pela qual pretende cumprir o dever. Esta perspectiva processual coaduna-se com o princípio anteriormente analisado segundo o qual é irrelevante a forma jurídica pela qual a prestação fática positiva é adimplida, desde que seja satisfeito o interesse contemplado pela norma[208] (ALEXY, 1997, p. 194).

Algumas peculiaridades devem ser observadas, entretanto. Usualmente, a doutrina entende que o pedido alternativo cuja escolha compita ao réu enseja duas oportunidades distintas de escolha, sendo a primeira na contestação e a segunda na execução, nos termos do art. 571 do CPC, dispondo que "quando a escolha couber ao devedor, este será citado para exercer a opção e realizar a prestação dentro em 10 dias, se outro prazo não lhe foi determinado em lei, no contrato ou na sentença", devolvendo-se a escolha ao autor caso a ré não a exercite no prazo assinalado, conforme dispõe o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo. Como o pedido é de tutela específica, porém, a execução não se dá nos termos do livro II (Processo de Execução) do diploma processual, realizando-se a mesma, como se viu, no próprio processo de conhecimento, nos termos do art. 461.

Parece correto concluir que a Administração, ré na ação inibitória que objetiva o cumprimento de prestação social específica, independentemente da forma como foi elaborado o pedido, *tem a oportunidade de manifestar na própria contestação o modo pelo qual pretende cumprir o dever*, em vista de competir-lhe a escolha por força da lei, que lhe confere

[208] Razão pela qual se compartilha da preocupação de Eduardo Appio (2006) quanto às decisões judiciais que determinam à Administração a compra de medicamento 30 vezes mais caro do que aquele disponibilizado gratuitamente pelo SUS.

poder discricionário. Se não desejar manifestar desde logo sua opção, pode reservar o uso desta faculdade para o momento do cumprimento da prestação, caso seja vencida na ação. Nesta segunda hipótese, o juiz deverá, em analogia ao que dispõe o art. 571 do CPC, assinalar prazo para que a demandada exerça sua opção no momento em que ordenar o cumprimento do dever específico, *inclusive no caso de concessão antecipada da tutela*, cientificando à parte que o não exercício da oportunidade no prazo determinado acarretará a escolha por parte da autora da ação, pois como explica Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 892), é no momento do pagamento que "a forma específica da prestação da obrigação alternativa define-se".

É importante observar que a expressão utilizada, *oportunidade processual*, não é aleatória. No processo, inexistem certezas, que são próprias do direito material, pois as posições jurídicas, uma vez discutidas processualmente, degradam-se em meras chances, em meras oportunidades processuais. É por esta razão que o autor detentor de uma pretensão fundada pode não ter esta pretensão reconhecida caso não a prove, porque ao passo que as situações jurídicas materiais são estáticas, as situações jurídicas processuais são dinâmicas. Diante disto, o processo oportuniza a realização dos atos processuais, impondo à parte que não o aproveita o ônus decorrente de sua inércia (CINTRA et al, 1997, p. 279; LACERDA, 2006, p. 28 ss[209]).

Assim, à Administração impõe-se aproveitar a oportunidade processual a ser assegurada pelo juiz. Não se lhe pode obrigar a realizar a escolha, esta é apenas uma oportunidade que se lhe oferece. Logo, caso a Administração, ré na ação inibitória, não manifeste sua opção nem na contestação nem no momento do cumprimento do dever, no prazo assinalado pelo juiz, perde sua oportunidade de fazê-lo, que passa a ser do autor do processo.

[209] Esta percepção de processo decorre da teoria do processo como situação jurídica. Em que pese as justas críticas que lhe possam ser opostas, em especial, de ser fragmentária e de ver o processo como um microcosmo (LACERDA, 2006, p. 31), ela foi e é de grande valia para compreensão de que o processo é um duelo entre os litigantes e para percepção da dinâmica do processo.

Enfim, na perspectiva do Direito Processual Constitucionalmente adequado, o poder discricionário administrativo deve ser observado e assegurado processualmente. Com isto garante-se que nem se utilize a discricionariedade administrativa como escusa para inadimplemento dos seus deveres concretamente estabelecidos diante da ordem constitucional de cunho social, criando a falsa aparência de legitimidade de suas omissões abusivas e inconstitucionais, nem tampouco que se despreze a discricionariedade administrativa, onde ela legitimamente deve ser exercida. Assim, a técnica processual permite contribuir para o desejado equilíbrio entre o Político e o Jurídico, minimizando os riscos de que um ou outro sejam desconsiderados.

INCERTEZAS PARA ALMAS NOVAS: DESEJOS E TAREFAS

Ó Sol que saras o turvado olhar, porque me
agradas quando me esclareces, mais que saber me
é grato duvidar.

Dante. A Divina Comédia. Inferno.

Esta tese iniciou com a referência ao herói Ulisses, cujo reinado retomava, buscando o reconhecimento dos itacenses e da própria esposa, que em razão dos andrajos confundiam o Rei com um mendigo. Despir-lhe dos andrajos equivaleu a despir os direitos fundamentais sociais dos obstáculos ideológicos que potencializam as dificuldades concretas à sua realização, de forma a ressaltar a arbitrariedade da negação sistemática que lhe é imposta, com propósito de retirar a sutileza que marca a negação conferida à sua normatividade e exigibilidade.

Como em uma sonata cujos compassos são redutíveis a um único motivo, o tema do invólucro ideológico permeou todos os capítulos do trabalho, requerendo atenção contínua. Assim, a preocupação com a tutela processual dos direitos fundamentais sociais evidenciou, em primeiro lugar, a necessária negação da impossibilidade apriorística da sua exigibilidade, bem como a negação do afastamento de plano do Judiciário. A atividade jurisdicional deve ser, ela também, objeto de ponderação do juiz.

A especificidade dos direitos sociais implica evitar distorções no próprio objetivo consagrado aos mesmos, antes social do que individual, pelo uso de referencial teórico e conceitual inapropriado. Afinal, se um conceito não se encaixa à realidade que deve explicar, não é a realidade que deve ser rejeitada, por incompatibilidade, e sim o contrário.

Pensar os direitos sociais processualmente implica, por fim, a revisão da estrutura tradicional do processo não só para inová-lo e adequá-lo à especificidade do Direito

Constitucional, mas também para reconhecer a necessidade de manutenção das formalidades que se mostram aptas a permitir sua eficácia. O uso crítico da técnica processual permite soluções razoavelmente simples de problemas sobre os quais a doutrina vem se debatendo, como a oportunização, no curso do processo judicial, de decisão discricionária administrativa.

Além disto, a especificidade dos direitos sociais apresenta um duplo problema: ela necessita ser reconhecida e necessita ser negada. Necessita ser reconhecida porque seu padrão de exigibilidade é diferente face aos direitos subjetivos. Seu reconhecimento é, portanto, essencial a que se configure sua adequada tutela. Por outro lado, necessita ser negada porque muitos dos obstáculos que lhe são opostos consistem na sua diferença frente aos direitos de liberdade, diferenças estas que, como se viu, não são tantas, nem quantitativa, nem qualitativamente. Sua negação é, assim, essencial à transmudação da concretização constitucional seletiva para plena.

E, ainda, sobre isto recai um novo duplo problema. Simplificações e cegueiras parciais marcam tanto um quanto outro posicionamento acerca da exigibilidade dos direitos sociais. De um lado, a importância da Política, da legitimação democrática, ainda que formal e mesmo que delegativa, à qual não se pretende renunciar ou retroceder, cuja complexidade não se contém na atividade judicial, não pode e não deve ser minimizada. De outro lado, a relevância da esfera política não pode ser manejada para afastar a igual legitimidade da instância judicial no tratamento do inafastável aspecto jurídico de todo direito, por configurar também uma invasão e um rompimento à separação dos poderes.

Evidentemente, tal exercício é de difícil realização, mormente porque os direitos de que se tratam nada têm de simples e homogêneos; ao contrário, são complexos, contraditórios, demandando a construção de novo e especial arsenal teórico, sendo impossível delimitar com precisão qual é o plano da Política e qual é o plano do Direito, mesmo porque, em se tratando

de direitos sociais, se encontram ambos imbricados. Disto deve resultar um maior *cuidado nos dois planos*, a fim de evitar invasões *recíprocas*.

Porém, parece que à medida em que os próprios direitos de liberdade e as noções de custos dos direitos, de discricionariedade e de vinculação do Estado para realizar seus gastos vão sendo desideologizados, também os direitos sociais vão sendo relidos de forma crítica e vão sendo reinventados.

Assim, embora tradicionalmente a conclusão seja destinada à síntese das certezas às quais se pôde chegar, pretende-se aqui fazer o contrário. Diante do exposto, as incertezas são, ainda, a marca do tema estudado, já que o viés ideológico do tema, presente nas teses contrárias e favoráveis à exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, não se subtrai pelo uso da lógica e pela argumentação racional ou técnica, até porque a ideologia perpassa todas estas esferas, que dela não estão isentas.

Logo, do mesmo modo como se expressou Dante frente a Virgílio, mais que saber é grato duvidar. A dúvida é atributo seleto e, por isto mesmo, a contribuição maior que poderia ser dada por este trabalho. Assim, longe de substituir certezas por outras ou de confirmar velhas certezas, o mais apropriado para o seu objetivo é mesmo substituir certezas por incertezas. A dúvida é o verdadeiro palco de construção dos novos saberes, para os quais se exige a alma nova da qual falou Pessoa.

Tal como a travesti Agrado, personagem do filme Tudo Sobre Minha Mãe, de Almodóvar, ao narrar o quanto lhe custou ser a mulher mais original do mundo, é preciso saber que toda escolha tem um preço. Agrado, ao somar quantos pesos custou-lhe o implante de silicone em várias partes do corpo, a depilação definitiva, a cirurgia nos ossos do rosto, justifica seus gastos: “uma pessoa é mais original quanto mais se parece com o que desejou ser”.

Também os direitos sociais têm seus custos e que não são apenas financeiros. Mas a questão de saber se estamos preparados para pagá-los é também uma questão de saber qual Direito e qual Política desejamos ter. E é também uma questão de, como disse Cappelletti, saber se cada um de nós está disposto a contribuir com a tarefa que, afinal de contas, o próprio Estado escolheu para si.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales Como Derechos Exigibles*. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2004.

_____. Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales. In: SARLET, Ingo Wolfang. *Direitos Fundamentais Sociais. Estudos de Directo Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 135-168.

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição Constitucional à Brasileira: Situação e Limites. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando Direitos: 15 Anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75-96.

AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: SAFE, 2000. 237 p.

AGUIAR, Roberto. *A Crise da Advocacia no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 1988. 168 p.

ALEXY, Robert. *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. 152 p.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997. 607 p.

ALIGUIERI, Dante. *A Divina Comédia*. São Paulo: Editora 34, 1998.

ALVIM, Arruda. Ação Civil Pública – Sua Evolução Normativa Significou Crescimento em Prol da Proteção às Situações Coletivas. In: MILARÉ, Édis (org.). *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios.* São Paulo: RT, 2005, p. 73-84.

ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In: Org.: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996 p. 9-23.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. 424 p.

APPIO, Eduardo. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais no País: Populismo Judiciário no Brasil*. Disponível em: www.eduardoappio.com.br, acesso em 10/01/2007.

_____. *O Direito e as Indústrias Farmacêuticas*. Disponível em: www.eduardoappio.com.br, acesso em 24/11/2006.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004a. 562 p.

_____. *A Condição Humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004b. 352 p.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003. 448 p.

ARGÜELLO, Katie (org.). *Direito e Democracia. Entrevista*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. 237 p.

ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito Moderno e Mudança Social: Ensaios de sociologia jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 160 p.

_____. *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*. São Paulo: Acadêmica, 1993. 195 p.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 406 p.

BALIBAR, Étienne. *La Philosophie de Marx*. Paris: La Découverte, 2001. 124 p.

_____. *Les Frontières de la Démocratie*. Paris : La Découverte, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Eficácia das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social. In: *Revista de Direito Público*, n. 57-58. São Paulo: RT, jan-jun 1981, p. 233-255.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. 882 p.

BARBOSA, Rui. *Discursos, Orações e Conferências*. Vol. II. São Paulo: Editora Iracema, s/d.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 345 p.

_____. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. In: *Revista de Processo*, n. 61. São Paulo: RT, 1991 (jan-mar), p. 187-200.

_____. S.O.S. Para o Mandado de Injunção. In: *Jornal do Brasil* de 11.09.1990, p. 11.

_____. Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. In: *Temas de Direito Processual. 2ª Série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 335 p.

_____. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31-60.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Saúde Pública é Bioética?* São Paulo: Paulus, 2005. 79 p.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. 299 p.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 379 p.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 363 p.

BASTOS, Celso. A Tutela dos Interesses Difusos no Direito Constitucional Brasileiro. In: *Revista de Processo*, n. 23. São Paulo: RT, jul-set, 1981.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, Democracia y Constitución. In: *Discussiones* [Publicaciones Periodicas], n. 1, 2000, p. 65-94.

BELAUNDE, Domingo García. *De La Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. 3ª ed. México: UNAM, 2002.

_____. *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Editorial Temis, 2001.

_____. *El Derecho Procesal Constitucional: Un Concepto Problemático*. Disponível em: http://www.garciabelaunde.com/articulos/articulo15.htm, acesso em 27/07/2006.

_____. Garantías Jurisdiccionales Para la Tutela de los Derechos Humanos en el Perú. In: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Garantías Jurisdiccionales de los Derechos Humanos en Iberoamérica*. Mexico: UNAM, 1992, p. 303-312.

BIDART, Adolfo Gelsi. Enfoque Sobre la Garantía Procesal Eficaz de los Derechos Humanos. In: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Garantías Jurisdiccionales de los Derechos Humanos en Iberoamérica*. Mexico: UNAM, 1992, p. 345-352.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 275 p.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11ª ed. Rio de janeiro: Campus, 1992a. 217 p.

_____. *O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992b. 171 p.

_____. *Contribución a la Teoria del Derecho*. Valencia: Fernando Torres-Editor, 1980. 404 p.

BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfang. *Estudios Sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madri: Editorial Trotta, 2000. 201 p.

_____. *Escritos Sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. 138 p.

BONACCHI, Gabriela; GROPPI, Angela. *O Dilema da Cidadania: Direitos e Deveres das Mulheres*. São Paulo: Editora da UNESP, 1995. 311 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 808 p.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004a. 230 p.

_____. *Do País Constitucional ao País Neocolonial. A Derrubada da Constituição Pelo Golpe de Estado Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004b. 189 p.

BORGES, Jorge Luis. *Ficções*. São Paulo: Globo, 1995. 168 p.

BORGES, Jorge Luis; GUERRERO, Margarida. *O Livro dos Seres Imaginários*. 8ª ed. São Paulo: Globo, 2004. 204 p.

BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. 246 p.

BOVERO, Michelangelo. Democracia y Derechos Fundamentales. In: *Isonomía*, n. 16, abril/2002,p. 21-38.

BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. In: MARCATO, Antonio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004. 2742 p.

CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, Participação e Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (org.). *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 82-97.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brancosos e Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos Sobre a Historicidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. 345 p.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 539 p.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 3ª ed. Lisboa: Almedina, 1999. 1414 p.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. 134p.

_____. *O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: SAFE, 1992. 142 p.

_____. O Acesso dos Consumidores à Justiça. In: *Revista de Processo*, n. 62. São Paulo: RT, 1991 (abr-jun), p. 205-227.

_____. *Juízes Irresponsáveis?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. 96p.

_____. Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil. In: *Revista de Processo*, n. 5. São Paulo: RT, 1977 (jan-mar), p. 128-159.

_____. *La Giurisdizione Costituzionale Delle Libertà*. Milão: Giuffrè, 1974. 154 p.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. 168p.

CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil*. Apêndice de Giacomo Augenti. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. 273 p.

CHAUÍ, Marilena. *O que é Ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1994. 125 p.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 1942.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 358 p.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2000. 245 p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (org.). *Direito Administrativo e Constitucional. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. Vol. 2*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 343-359.

CONESA, Juan Martín Vocos. La Acción Judicial de Amparo Por Mora de la Administración Pública. In: SALGADO, David Cienfuegos; OLVERA, Miguel Alejandro López (coord.). *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Procesal*. México: UNAM, 2005, p. 353-380.

CORPORAÇÃO, A. Direção: Mark Achbar; Jennifer Abbot. Produção: Mark Achbar; Bart Simpson. Canadá, 2003. DVD (114 min.), documentário, colorido.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 220 p.

_____. *Teoria e Prática do Poder de Ação na Defesa dos Direitos Sociais*. São Paulo: LTr, 2002. 135 p.

_____. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. 92 p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério (org.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999a. 262 p.

_____. Garantia do Processo Sem Dilações Indevidas. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (org.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999b, p. 234-262.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 2005. 335 p.

DA MAIA, Alexandre. *Ontologia Jurídica. O Problema de sua Fixação Teórica (Com Relação ao Garantismo Jurídico)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 120 p.

DANTAS, Ivo. *Constituição e Processo. Vol. 1. Introdução ao Direito Processual Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003. 512 p.

_____. *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2001. 552 p.

_____. *Direito Constitucional Econômico. Globalização e Constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 1999. 181 p.

_____. *Mandado de Injunção. Guia Teórico e Prático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1994. 163 p.

DEMO, Pedro. *Solidariedade Como Efeito de Poder*. São Paulo: Cortez; Instituto Paulo Freire, 2002. 287 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. 712 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 341 p.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e Seus Efeitos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 183 p.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *O Idiota*. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2005. 681 p.

_____. *Duas Narrativas Fantásticas. A Dócil e O Sonho de um Homem Ridículo*. São Paulo: Editora 34, 2003. 123 p.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

_____. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p.

EXPERIÊNCIA, A. Direção: Roger Donaldson. Produção: Dennis Feldman; Frank Mancuso Jr. EUA, 1995. DVD (109 min.), ficção científica, colorido.

FÁBREGA, Jorge. Las Garantías Jurisdiccionales Para la Tutela Eficaz de los Derechos Humanos en Panamá. In: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Garantías Jurisdiccionales de los Derechos Humanos en Iberoamérica*. Mexico: UNAM, 1992, p. 55-155.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002a. 155 p.

_____. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: Notas para uma Avaliação da Justiça Brasileira. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002b, p. 94-111.

_____. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999. 359 p.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 304 p.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 5ª ed. Padiva: CEDAM, 1989. 711 p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994. 368 p.

FERRAZ, Antonio Augusto de Camargo. Considerações Sobre o Interesse Social e o Interesse Difuso. In: MILARÉ, Édis (org.). *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios.* São Paulo: RT, 2005, p. 59-71.

FERREIRA, Sergio de Andréa. A Especificidade do Controle dos Poderes Públicos no Contexto da Função Jurisdicional. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (org.). *Direito Administrativo e Constitucional. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. Vol. 2*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 552-589.

FIGUEIREDO, Ivanilda. *Políticas Públicas e a Realização dos Direitos Sociais*. Porto Alegre: SAFE, 2006. 238 p.

FIORI, José Luís. *O Consenso de Washington* (Palestra proferida no Centro Cultural Banco do Brasil em 04 de setembro de 1996). Acesso em: 07/03/2000. Disponível em: *http://www.obrasil.com/cultura/utopia/*.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El Amparo Mexicano Como Instrumento Protector de los Derechos Humanos. In: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Garantías Jurisdiccionales de los Derechos Humanos en Iberoamérica*. Mexico: UNAM, 1992, p. 253-302.

_____. *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional. 1940-1965*. Mexico: UNAM, 1968.

FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas.* 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002. 541 p.

_____. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1996. 158 p.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas. A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público.* São Paulo: Max Limonad, 2000. 158 p.

FRONTINI, Paulo Salvador. Ação Civil Pública em Tutela de Direitos Difusos: Condições da Ação – Indagações Sobre a Possibilidade Jurídica do Pedido, Interesse Processual e Legitimidade dos Efeitos Jurídicos. In: MILARÉ, Édis (org.). *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios.* São Paulo: RT, 2005, p. 489-503.

GALDINO, Flavio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*, p. 139-222.

GALINDO, Bruno César Torres. *Teoria Intercultural da Constituição. A Transformação Paradigmática da Teoria da Constituição diante da Integração Interestatal na União Européia e no Mercosul.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 308p.

_____. *Concretização Constitucional e Eficácia das Normas de Direitos Fundamentais. Uma Análise a Partir do Contexto Brasileiro*. Dissertação de mestrado. Recife: UFPE, 1999.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El Derecho Procesal Constitucional y Los Derechos Humanos (Vínculos y Autonomías)*. Mexico: UNAM, 1995.

GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989. 7ª ed. 443 p.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 376 p.

_____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 209 p.

_____. Requisito da Lesividade na Ação Popular. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (org.). *Direito Administrativo e Constitucional. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. Vol. 2*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 339-342.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. 557 p.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 1º Vol. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 260 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da Class Action For Damages à Ação de Classe Brasileira: Os Requisitos de Admissibilidade. In: MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 19-39.

_____. *O Processo em Evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. 510 p.

_____. Os Instrumentos Brasileiros de Defesa das Liberdades. In: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Garantías Jurisdiccionales de los Derechos Humanos en Iberoamérica*. Mexico: UNAM, 1992, p. 353-373.

_____. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: RT, 1973. 195 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. 730 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988.

GUASP, Jaime. *Estudios Juridicos*. Madri: Civitas, 1996. 671 p.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005. 276 p.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución. Estudios de la Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta.* Madri: Tecnos, 2002 a. 295 p.

_____. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 2002 b. 55 p.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro. Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2002. 390 p.

_____. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 a. 354 p.

_____. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 b. 352 p.

HELLER, Agnes; FÉHER, Ferenc. *A Condição Política da Pós-Modernidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. 239 p.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998. 576 p.

_____. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991. 34 p.

HOBBES, Thomas. *Leviatã. Ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 615 p.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends On Taxes*. Nova Iorque: Norton & Company, 2000. 255 p.

HOMERO. *Odisséia*. 2ª ed. São Paulo: Ars Poetica: Editora da Universidade de São Paulo, 1996. 397 p.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *O SUS Pode Ser Seu Melhor Plano de Saúde*. São Paulo: IDEC, 2003. 63 p.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Garantías Jurisdiccionales de los Derechos Humanos en Iberoamérica*. Mexico: UNAM, 1992.

JÚRI, O. Direção: Gary Fleder. Produção: New Regency. EUA, 2003. DVD (128 min.), suspense, colorido.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003a. 319 p.

_____. *O Estado Como Integração*. São Paulo: Martins Fontes, 2003b. 123 p.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998a. 637 p.

_____. *O Problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998b. 149 p.

_____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 427 p.

KOLM, Serge-Christophe. *Teorias Modernas da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 625 p.

KONDER, Leandro. *A Derrota da Dialética. A Recepção das Idéias de Marx no Brasil Até o Começo dos Anos Trinta*. Rio de Janeiro: Campus, 1988. 222 p.

KRELL, Andreas J. *O Município no Brasil e na Alemanha. Direito e Administração Pública Comparados*. São Paulo: Oficina Municipal, 2003. 194 p.

_____. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. 120 p.

_____. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfang. *A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60.

LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 292 p.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. 406 p.

LAPORTA, Francisco.Sobre la Teoría de la Democracia y el Concepto de Representación Política: Algunas Propuestas para Debate. In: *Doxa*, n. 6, 1989, p. 121-141.

LEAL, Rogério Gesta; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso (org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001. 364 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999. 219 p.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 2003. 397 p.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça: A Função Social do Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 113-143.

LINS, Liana Cirne. *O Tratamento Jurídico e Judicial do Negro e da Temática da Discriminação Racial no Brasil*. Anais da 55ª Reunião Anual da SBPC - Recife, Julho/2003.

_____. *Informalização, Democratização e Denegação da Justiça: Limites e Possibilidades da Arbitragem*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 2001. 213 p.

_____. *Democracia Participativa e o Orçamento Participativo de Porto Alegre*. Trabalho apresentado no III Encontro Internacional de Direito Alternativo. Florianópolis, Novembro/1996.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*. São Paulo: RT, 2000. 576 p.

LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 639 p.

LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx Contra o Barão de Münchhausen: Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 1994. 220 p.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 11ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. 130 p.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Ação Civil Pública, o Direito Social e os Princípios. In: MILARÉ, Édis (org.). *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios.* São Paulo: RT, 2005, p. 559-565.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Derecho Procesal Constitucional Como Disciplina Jurídica Autónoma. In: SALGADO, David Cienfuegos; OLVERA, Miguel Alejandro López (coord.). *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Procesal*. México: UNAM, 2005, p. 121-147.

MACHADO, Leda Maria Vieira. *A Incorporação do Gênero das Políticas Públicas*. São Paulo: Annablume, 1999. 108 p.

MACHADO, Fabio Cardoso. *Jurisdição, Condenação e Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 286 p.

MACPHERSON, C. B. *A Teoria Política do Individualismo Possessivo. De Hobbes a Locke*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. 318 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004. 317 p.

_____. *Ação Civil Pública. Em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2002 a. 447 p.

_____. A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas. In: MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002 b, p. 753-798.

MANN, Thomas. *A Montanha Mágica*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. 992 p.

MORAIS, José Luís Bolzan de. Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça: Uma Visão Contemporânea. In: LEAL, Rogério Gesta; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. *Direitos Sociais e Políticas Publicas. Desafios Contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001, p. 159-225.

MARCATO, Antonio Carlos (org.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004. 2742 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006. 816 p.

_____. *Manual do Processo de Conhecimento*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. 824 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória. Individual e Coletiva*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003. 525 p.

_____. *Tutela Específica. Art. 461, CPC e 84, CDC*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001. 220 p.

_____. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999a. 279 p.

_____. Garantia de Tempestividade da Tutela Jurisdicional e Duplo Grau de Jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (org.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999b, p. 207-233.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2002. 1109 p.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para Pensar a Possibilidade de Articular Direito e Psicanálise. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho *et al*. *Direito e Neoliberalismo*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 17-38.

MÁRQUEZ, Gabriel García. *Crónica de Una Muerte Anunciada*. 64ª ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1998. 193 p.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substancial. Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2005. 425 p.

MARX, Karl. *O Capital. Crítica da Economia Política. Livro I. Vol 1: O Processo de Produção do Capital*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. 966 p.

_____. *Contribuição Para a Crítica da Economia Política*. 5ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1977. 365 p.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural e Outros Interesses*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 712 p.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2006. 432 p.

_____. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: RT, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade. In: MILARÉ, Edis. *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios.* São Paulo: RT, 2005, p. 195-205.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2ª. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999 a.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999 b. 375 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. 1040 p.

_____ (org.). *Direito Administrativo e Constitucional. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. Vol. 2*. São Paulo: Malheiros, 1997. 632 p.

MILARÉ, Édis (org.). *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios.* São Paulo: RT, 2005. 639 p.
_____ (org.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002. 895 p.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 563 p.

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição Constitucional Como Democracia*. São Paulo: RT, 2004. 335 p.

_____. *Desenvolvimento e Efetivação das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. 141 p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 851 p.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. 132 p.

_____. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. 121 p.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 354 p.

_____. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. 178 p.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004. 303 p.

_____. Disposições Finais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 623-670.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003. 1855 p.

OLIVEIRA, Luciano. Democracia e Direitos Humanos. In: ARGÜELLO, Katie (org.). *Direito e Democracia. Entrevista*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996, p. 171-185.

PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas*. 2ª ed. 472 p. São Paulo: RT, 1991.

PALOMINO MANCHEGO, José F; ETO CRUZ, Gerardo (coord.). *El Pensamiento Vivo de Héctor Fix-Zamudio. Con Especial Referencia al Derecho Procesal Constitucional*. México: UNAM, 2005.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. 173 p.

PECES-BARBA, Gregório. *La Constitución y Los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2006. 294 p.

_____. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 8ª ed. Madri: Tecnos, 2005. 233 p.

PÉREZ, Jesús González. Los Presupuestos Procesales en el Ordenamiento Procesal Administrativo Mexicano. In: SALGADO, David Cienfuegos; OLVERA, Miguel Alejandro López (coord.). *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Procesal*. México: UNAM, 2005, p. 229-255.

_____. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 6ª ed. Madri: Tecnos, 1999.

PESSOA, Fernando. *O Livro do Desassossego*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 534 p.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. 208 p.

PIRANDELLO, Luigi. *Seis Personagens à Procura de Autor*. São Paulo: Peixoto Neto, 2004. 176 p.

POCHMANN, Marcio; AMORIM, Ricardo. *Atlas da Exclusão Social no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2003. 223 p.

POCHMANN, Marcio; AMORIM, Ricardo *et alli*. *Atlas da Exclusão Social no Brasil*. *Os Ricos no Brasil*. *Vol. 3*. São Paulo: Cortez, 2004. 204 p.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado das Ações. Vol. 1*. São Paulo: RT, 1970.

POPP, Carlyle. *Execução de Obrigação de Fazer*. Curitiba: Juruá, 2001. 304 p.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública*. São Paulo: RCS Editora, 2005. 228 p.

PROUST, Marcel. *No Caminho de Swann*. São Paulo: Globo, 1993. 409 p.

_____. *À Sombra das Raparigas em Flor*. São Paulo: Globo, 1992. 464 p.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. 136.

RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro. *Mandado de Segurança Coletivo. Legitimação Ativa.* São Paulo: Saraiva, 2000. 130 p.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. 280 p.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta. Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 342 p.

_____. Noticia Sobre a Proposta de Nova Disciplina das Obrigações de Entrega de Coisa, de fazer e de Não Fazer. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR., Fredie (org.). *A Segunda Etapa da Reforma Processual Civil.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 161-188.

ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999. 223 p.

ROSENFIELD, Denis. *Lições de Filosofia Política: O Estatal, o Público e o Privado*. Porto Alegre: L&PM, 1996. 112 p.

ROSS, Alf. *Tu-Tû*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. 54 p.

_____. *Direito e Justiça*. Bauru: Edipro, 2003. 432 p.

SALGADO, David Cienfuegos; OLVERA, Miguel Alejandro López (coord.). *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Procesal*. México: UNAM, 2005.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madri: Trotta, 2003 a. 306 p.

_____. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003 b, p. 123-158.

_____. *Ley, Principios, Derechos*. Madri: Dykinson, 1998. 128 p.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*. 3 ed. Porto: Afrontamento, 1994. 299 p.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Limites e Possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 223 p.

SARLET, Ingo Wolfang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 392 p.

_____. (org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 508 p.

_____. (org.). *A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 319 p.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 362 p.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 792 p.

SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando Direitos: 15 Anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de janeiro: Renovar, 2003. 510 p.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. In: MARCATO, Antonio Carlos (org.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 890-894.

SEN, Amartya. *Desigualdade Reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001. 210 p.

SESSÃO ESPECIAL DE JUSTIÇA. Direção: Costa Gravas. França-Itália-Alemanha, 1975. VHS (100 min.), drama, colorido.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 924 p.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Mandado de Injunção e Habeas Data*. São Paulo: RT, 1989.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 342 p.

_____. *Curso de Processo Civil*. Vol. 2. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000. 477 p.

_____. Democracia Moderna e Processo Civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (org.). *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 98-113.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1997. 346 p.

SIMPSONS, OS. MARGE CONTRA O MONOTRILHO. Episódio n. 412. Criação: Matt Groening. EUA, 1993, animação, colorido.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória. A Ação Prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: RT, 2002. 248 p.

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. 327 p.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 917 p.

_____. Videoconferência com J.J. Gomes Canotilho (registrada) *in* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 21-27.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 319 p.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. São Paulo: RT, 2001. 507 p.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. 936 p.

_____. *Tratado de Argüição de Preceito Fundamental. Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001. 481 p.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Processo Civil na Nova Constituição. In: *Revista de Processo*, n. 53. São Paulo: RT, 1989 (jan-mar), p. 78-84.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 222 p.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 558 p.

_____. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-46.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: Idem. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 239-325.

TOUSSAINT, Eric. Abolir a Dívida para Libertar o Desenvolvimento. In: LOUREIRO, Isabel *et al*. *O Espírito de Porto Alegre*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 181-187.

VERDE, Giovanni. *Profili del Processo Civile (Parte Generale)*. 2ª. ed. Napoli: Jovene, 1988.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação Civil Pública ou Ação Coletiva. In: MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 441-457.

VILLEY, Michel. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne. Cours D'Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Éditions Montchrestien, 1975. 718 p.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Vol. I. Porto Alegre: SAFE, 1994. 232 p.

WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 128-135.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. 1237 p.

WEFFORT, Francisco. *Qual Democracia?* São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica Sobre la "Actio"*. Buenos Aires: EJEA, 1974.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1994. 349 p.

YARSHELL, Luiz Flavio. *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa: Contribución al Estudio de los Fines del Proceso*. México: UNAM, 2000. 314 p.

ŽIŽEK, Slavoj. *Bem-Vindo ao Deserto do Real!* São Paulo: Boitempo, 2005. 191 p.

_____. *Bienvenidos al Desierto de lo Real*. Disponível em: http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/zizek03.pdf?ac=articulos&id=69, acesso em 11/04/2005.

Esta tese foi impressa em papel 100% reciclado a partir de coletiva seletiva do lixo e com utilização de aparas pré e pós-consumo.