

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA  
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*  
MESTRADO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E  
DESENVOLVIMENTO

RUTH BARROS PETTERSEN DA COSTA

**A EFETIVIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL**  
**PELO PODER JUDICIÁRIO,**  
**À LUZ DO PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA**

Goiânia

2010

RUTH BARROS PETERSEN DA COSTA

**A EFETIVIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL  
PELO PODER JUDICIÁRIO,  
À LUZ DO PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento.

**Linha de Pesquisa:** Relações Socioeconômicas.

**Orientadora:** Prof. Dra. Eliane Romeiro Costa.

Goiânia

2010

Nome: COSTA, Ruth Barros Pettersen da.

Título: A efetividade do mínimo existencial pelo poder judiciário, à luz do paradigma neoconstitucionalista

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dra. Eliane Romeiro Costa

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de GO

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Cleuler Barbosa das Neves

Instituição: Universidade Federal de Goiás

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. João da Cruz Gonçalves Neto

Instituição: Universidade Federal de Goiás

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

*Dedico este trabalho ao meu esposo, André Luiz, com amor, admiração e gratidão por sua compreensão, carinho, companheirismo e incansável apoio.*

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus por ter conseguido concluir este trabalho.

Aos meus pais, Umberto e Aline, pelo amor incondicional.

À Dra. Eliane, pela atenção e auxílio durante o processo de orientação e que muito me ensinou, contribuindo para o meu crescimento científico e intelectual.

À minha irmã, amiga e confidente, Mabel, pelas palavras de incentivo.

Agradeço às luzes de minha vida, sem as quais nada teria sentido,

meus filhos e minha neta,

Juliana, Ana Amélia, André Luiz e Maria Clara.

À Assembléia Legislativa de Goiás, pela oportunidade de realização do curso de mestrado.

Aos meus amigos da Procuradoria, Dra. Otavila, Dr. José e Dr. Murilo, pelo apoio constante.

Ao meu amigo, Dr. Emilson, com sua brilhante inteligência e experiência como magistrado, pelo oferecimento de valiosas sugestões, que foram todas incorporadas a este trabalho.

*O mínimo não é menos nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo.*

(FACHIN, 2006, p. 280)

**LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
Art.	Artigo
CB	Constituição Federal de 1988
c/c	Combinado com
CF	Constituição Federal de 1988
Cf.	Conforme
CPC	Código de Processo Civil
DJ	Diário da Justiça
EC	Emenda Constitucional
i.e.	Isto é
LF	Lei Fundamental da Alemanha de 1949
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
LOA	Lei Orçamentária Anual
MC	Medida Cautelar

Min.	Ministro
n.	Número
p.	Página (s)
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PPA	Plano Plurianual
Rel.	Relator
RE	Recurso Extraordinário
SL	Suspensão de Liminar
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
UNESCO	<i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization</i>  (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura)
UTI	Unidade de Terapia Intensiva
v.	Veja, vide
v.g.	<i>verbi gratia</i> (por exemplo)

## LISTA DE TABELAS

### E QUADRO

Tabela 1.1:	Sistema Global de Direitos Humanos.....	52
Tabela 1.2:	Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos .....	52
Tabela 2.1:	Classificação de Barroso: Normas de Organização que têm Correlação com o Mínimo Existencial .....	135
Tabela 2.2:	Classificação de Barroso: Normas Definidoras de Direito que têm Correlação com o Mínimo Existencial.....	135
Tabela 2.3:	Classificação de Barroso: Normas Programáticas que têm Correlação com o Mínimo Existencial.....	137
Tabela 2.4:	Classificação de Perez Luño: Garantias Normativas que têm Correlação com o Mínimo Existencial.....	141
Tabela 2.5:	Classificação de Perez Luño: Garantias Jurisdicionais que têm Correlação com o Mínimo Existencial.....	142
Tabela 2.6:	Classificação de Perez Luño: Garantias Institucionais que têm Correlação com o Mínimo Existencial.....	144
Quadro 3.1:	Direito à Educação .....	251

## RESUMO

Este estudo propõe-se a investigar como os métodos interpretativos, de índole neoconstitucionalista, são capazes de fixar e maximizar o alcance do direito fundamental ao mínimo existencial, conferindo-lhe efetividade. Assim, buscando solucionar este problema, foram utilizados como referenciais teóricos, métodos interpretativos de natureza neoconstitucionalista e a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. O mínimo existencial, consoante pressuposto adotado por esta investigação, como direito originário a prestações materiais exigíveis pelos cidadãos frente ao Estado, é dedutível diretamente das normas fundamentais da Constituição Federal de 1988, veiculadoras de direitos sociais e do princípio da dignidade humana, cuja natureza é principiológica, exige métodos interpretativos que confirmem força normativa aos princípios e, especialmente, que produzam efeitos concretizadores. Por isso, a presente dissertação de mestrado fundamenta-se nos métodos interpretativos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, de natureza neoconstitucionalista, que, ao reputarem os princípios como normas, viabilizam a efetividade e a expansão do conteúdo dessas normas, no âmbito de um caso concreto levado à apreciação perante o Poder Judiciário. Com o objetivo de delimitar o alcance do mínimo existencial, este estudo opera com categorias jurídicas como atributos, classificações, estrutura normativa e restrições, todas concernentes aos direitos fundamentais. Demais disso, arregimentando um instrumental consistente no método construtivo de Dworkin e na teoria dos princípios de Alexy, auxiliados por técnicas interpretativas do modelo clássico e pelos princípios de interpretação constitucional, bem como por outras diretrizes traçadas ao longo do estudo, que contribuem para a efetividade do mínimo existencial, engendra-se um *modelo maximizador da efetividade do mínimo existencial*, que serve como parâmetro para a elaboração de uma análise crítica de uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do direito ao mínimo existencial. Nesse sentido, compreende-se que a decisão da Excelsa Corte, ao estar compatibilizada com a teoria dos direitos fundamentais e com métodos de interpretação constitucional, de natureza neoconstitucionalista, revela-se como importante contributo para o desenvolvimento humano e social e para a redução das desigualdades no Brasil.

Palavras-chaves: Mínimo Existencial. Efetividade. Neoconstitucionalismo. Poder Judiciário.

## **ABSTRACT**

*The aim of this study is to analyze how neoconstitutionalist-type interpretative methods can establish and maximize the range of fundamental rights to the existential minimum and thereby making it effective. In order to do so, interpretative methods of a neoconstitutionalist nature and Robert Alexy's theory of fundamental rights are used as theoretical references. The existential minimum, in accordance with the presupposition adopted by this analysis, as the original right of citizens to demandable material services by the State, is directly deduced from the fundamental legal norms of the 1988 Federal Constitution, vehicles of social rights and of the principle of human dignity. These norms of a principle-logical nature demand interpretative methods which would confer normative force to the principles and especially produce concretizing effects. For this reason, this Master dissertation is based on Ronald Dworkin and Robert Alexy's neoconstitutionalist-type interpretative methods, which, by referring to principles as norms, make the effectiveness and expansion of the content of these latter feasible, in the sphere of a concrete case presented for the appreciation of the Judiciary. With the aim of delimiting the range of the existential minimum, this study works with judicial categories, such as, attributes, classifications, normative structure and restrictions, all related to basic rights. In addition, by regimenting a consistent instrumental in Dworkin's constructive method and in Alexy's principles theory, supported by classical model interpretative techniques and the principles of constitutional interpretation, and other guidelines presented throughout the study which contribute towards the effectiveness of the existential minimum, a "model to maximize the effectiveness of the existential minimum", is created. This model serves as a parameter for drawing up a critical analysis of a Federal Supreme Court decision in the sphere of the right to the minimum existential. In this sense it can be understood that the decision of this Illustrious Court, when it is consistent with the theory of fundamental rights and constitutional interpretative methods of a neoconstitutionalist nature, makes a significant contribution to human and social development and the reduction of inequality in Brazil.*

*Keywords: Existencial Minimum. Effectiveness. Neoconstitutionalism. Judiciary.*

## SUMÁRIO

<b>LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS .....</b>	<b>vii</b>
<b>LISTA DE TABELAS E QUADRO.....</b>	<b>ix</b>
<b>RESUMO .....</b>	<b>x</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>xi</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>15</b>

## CAPÍTULO I

### PROCESSO E CONQUISTAS HISTÓRICAS DOS DIREITOS

#### EXISTENCIAIS MÍNIMOS: PRESTAÇÕES ESTATAIS E NÃO-ESTATAIS

1.1	Direitos Existenciais. Origens Remotas: Da Idade Antiga à Idade Moderna ..	25
1.2	Origens Próximas: Da Idade Contemporânea aos Marcos Atuais .....	30
1.2.1	Direitos à dignidade social: concepções da igreja católica .....	38
1.2.2	Do constitucionalismo moderno ao neoconstitucionalismo .....	42
1.2.3	Os tratados internacionais concernentes aos direitos prestacionais mínimos ..	48
1.2.3.1	Análise crítica dos tratados internacionais .....	53
1.2.3.2	O impacto dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica	54
1.2.3.3	A hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos .....	57
1.2.3.3.1	Posicionamentos doutrinários anteriores à EC n. 45/2004 .....	59
1.2.3.3.2	Posicionamentos doutrinários posteriores à EC n. 45/2004 .....	61
1.2.3.3.3	Evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal .....	66
1.2.3.3.4	A melhor interpretação do § 3º do art. 5º da Constituição Federal .....	67
1.3	Direitos Sociais Prestacionais nas Constituições Brasileiras .....	68
1.3.1	As Constituições Brasileiras: de 1824 à Emenda n. 1/1969 .....	69
1.3.2	A Constituição de 1988 .....	75
1.3.3	Análise crítica comparativa das Constituições Brasileiras .....	79

## CAPÍTULO II

### NEOCONSTITUCIONALISMO:

#### A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1	Neoconstitucionalismo como Teoria do Direito e como Filosofia do Direito..	84
2.1.1	Críticas ao positivismo jurídico .....	85

		13
2.1.2	O neoconstitucionalismo como <i>nova interpretação constitucional</i> .....	87
2.1.3	Principais críticas dirigidas ao neoconstitucionalismo .....	101
2.1.4	Adoção de um <i>neoconstitucionalismo moderado</i> .....	104
2.2	Direitos Fundamentais: Prestações Mínimas Existenciais .....	106
2.2.1	Concepções modernas do mínimo existencial .....	106
2.2.2	Atributos dos direitos fundamentais .....	118
2.2.3	Classificações dos direitos fundamentais .....	124
2.2.3.1	Material e formal .....	125
2.2.3.2	Funcional .....	128
2.2.3.3	Quanto à imediata geração de direitos .....	131
2.2.3.4	Proposta de classificação .....	133
2.3	Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais .....	145
2.3.1	A Constituição Federal: abertura às regras e aos princípios .....	146
2.3.2	Enunciados e normas de direitos fundamentais .....	151
2.3.3	Estrutura dos direitos fundamentais a partir da distinção entre regras e princípios .....	156

### **CAPÍTULO III**

#### **INTEPRETAÇÃO, APLICAÇÃO E EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL**

3.1	Interpretação Constitucional.....	163
3.1.1	Interpretação em Ronald Dworkin .....	167
3.1.1.1	Teoria Geral do Direito .....	169
3.1.1.1.1	Distinção entre política, princípio e regra .....	171
3.1.1.1.2	A interpretação nos casos difíceis .....	175
	a) casos difíceis .....	175
	b) teoria da controvérsia .....	177
	c) teoria da jurisdição .....	182
3.1.1.2	Síntese da teoria dworkiniana.....	184
3.1.2	Teoria dos Princípios de Robert Alexy .....	186
3.1.2.1	Lei da colisão .....	186
3.1.2.2	Lei da ponderação .....	191
3.1.2.2.1	Proibição da não-suficiência.....	197

	14
3.1.2.2.2 Síntese da teoria alexyana .....	198
3.1.3 Teoria construtiva e teoria dos princípios: complementaridade ou alternatividade? .....	199
3.2 Jurisdição Constitucional .....	201
3.2.1 Conceito de efetividade .....	203
3.2.2 Dimensões dos Direitos Fundamentais .....	205
3.2.2.1 Subjetiva .....	206
3.2.2.2 Objetiva .....	207
3.2.3 Instrumentos de garantia judicial dos direitos fundamentais sociais .....	208
3.3 Restrições aos Direitos Fundamentais .....	213
3.3.1 Cláusulas restritivas relacionadas aos Direitos Fundamentais Sociais .....	216
3.3.1.1 Estrutura programática ou principiológica das normas de Direitos Sociais ....	218
3.3.1.2 Reserva do possível .....	221
3.3.1.2.1 Fática .....	222
3.3.1.2.2 Jurídica .....	227
a) intervenção jurisdicional e poder discricionário .....	228
b) intervenção jurisdicional e políticas públicas .....	230
3.3.1.3 Violação do princípio democrático e do princípio da separação de poderes ...	236
3.3.2 O papel do Poder Judiciário na efetivação do mínimo existencial .....	239
3.3.3 Síntese do estudo das restrições .....	240
3.4 Modelo Maximizador da Efetividade do Mínimo Existencial: Diretrizes e Parâmetros .....	242
3.5 Análise Crítica da Decisão do Supremo Tribunal Federal Concernente ao Mínimo Existencial.....	249
3.5.1 Direito à educação .....	250
3.5.1.1 Dados relevantes do caso concreto .....	252
3.5.1.2 Análise crítica da decisão frente ao modelo maximizador da efetividade do mínimo existencial .....	256
<b>CONCLUSÃO</b> .....	261
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	270

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo investigar como alguns dos métodos interpretativos, de índole neoconstitucionalista, são capazes de maximizar a efetividade das normas constitucionais sobre o mínimo existencial, mediante a atuação do Poder Judiciário, ou seja, por meio da comprovação da justicialidade e da fixação do alcance dessas normas no âmbito de uma decisão judicial. Considera-se, para este estudo, o mínimo existencial como direito originário (com fulcro na Carta de 1988 e independente de intermediação legislativa) a prestações materiais a serem implementadas pelo Estado.

Em outros termos, pode dizer-se que este estudo visa, fundamentado na CF/88, à maximização da efetividade do mínimo existencial, mediante a expansão de seu conteúdo, a ser engendrada no bojo de um dado caso concreto, onde se vislumbra a existência de um processo, de caráter evolutivo permanente, em que devem ser evitados retrocessos sociais, ou seja, alcançado um patamar evolutivo no âmbito social, não deve este sofrer retrocessos que piorem a situação das pessoas envolvidas.

Nessa senda, dentro do espectro proposto, buscam-se soluções alternativas para a reversão da atual forma de atuação omissiva por parte do Poder Executivo nesta seara, pois o desígnio do Direito é a sua concretização no mundo real.

Sob o enfoque deste estudo, o mínimo existencial, como direito originário a prestações materiais, corresponde a prestações fáticas exigíveis por meio de normas constitucionais pelo indivíduo frente ao Estado, consistentes, por exemplo, em construção de escolas (ligada ao direito à educação), no fornecimento de medicamentos de alto custo a pessoas financeiramente hipossuficientes (ligado ao direito à saúde) etc. Insere este, destarte, no âmbito dos direitos sociais, demandando uma atuação positiva do Estado para a sua implementação.

O tema concernente à efetividade do mínimo existencial em sua vertente prestacional revela-se de importância ímpar, pois é em seu âmbito que se consubstancia a promoção, em escala crescente, do bem-estar da população, mediante a atuação positiva do Estado que, ao implementar as políticas públicas adremente planejadas consistentes na distribuição de bens e serviços públicos essenciais, almeja realizar a justiça social por meio do melhor aproveitamento dos escassos recursos públicos frente às ilimitadas demandas da sociedade.

No contexto da realidade socioeconômica do Brasil, a despeito de seu inegável potencial econômico, em que se observa um quadro caótico de pobreza e miséria humanas, evidenciando-se uma das zonas mais contrastantes e de maior desigualdade social do planeta,<sup>1</sup> a efetividade do mínimo existencial tem uma particular e especial relevância, mostrando-se oportuno o estudo da temática, no sentido de servir como um dos mais eficazes contributos para a atenuação dessas mazelas, promovendo, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana.

Observa-se que a efetividade do mínimo existencial, cujas normas correlatas são extraíveis do texto constitucional, incumbe originariamente aos Poderes Executivo e Legislativo, os quais, sobretudo a partir da elaboração e implementação de políticas públicas, podem viabilizar o oferecimento de bens e serviços essenciais à população. Entrementes, nota-se que os Poderes responsáveis por tais funções, não raras vezes, têm se quedado inertes ou atuado de forma indevida, talvez amparados pela crença da inexigibilidade jurídica dos direitos subjacentes ao mínimo existencial. Nesse caso, é mister indagar-se: na omissão ou excesso da atuação por parte do Poder Executivo,<sup>2</sup> poderá o Poder Judiciário intervir? Se positiva a resposta, qual o limite da atuação do Judiciário? Se negativa, quais os principais argumentos utilizados para obstaculizar a sindicabilidade do direito, individual ou coletivo, ao mínimo existencial? Nesta última situação, é possível superar os argumentos contrários a esta sindicabilidade? Enfim, quais os meios judiciais e jurídicos a serem empregados para tornar o mínimo existencial cada vez mais efetivo e socialmente eficaz?

Partindo-se do pressuposto de que o Executivo não tem cumprido a contento o seu *dever de casa*, constatado em face da situação de persistente desigualdade de renda existente no país, é o Judiciário chamado a intervir, exigindo a devida atuação do Estado, por meio de seus órgãos, visando a conferir concretude ao mínimo existencial. Não se alimenta a ingênua crença de que o Poder Judiciário seja a única ou a mais importante arena onde estas questões devem ser travadas e solucionadas, posto que ele, por si só, é incapaz de por cobro a problemas sociais de tão elevada monta. Entretanto, não se pode ignorar que é o Judiciário um importante *locus* em que – em razão da força coercitiva de suas decisões – pode contribuir de forma expressiva para conferir efetividade do mínimo existencial, enrobustecendo esse direito.

---

<sup>1</sup> Marcio Pochmann *et al* (2004) ressalta que a América Latina, em 2001, aparece como a campeã da desigualdade de renda, com o Brasil ocupando a 167ª posição, seguida da Ásia e África, dentre um total de 175 países analisados.

<sup>2</sup> Este estudo, ao partir da premissa de que o direito ao mínimo existencial é dedutível diretamente das normas constitucionais independentemente de legislação regulamentadora, não analisa a atuação do Poder Legislativo, enquanto legislador infraconstitucional, mas tão-somente do Poder Executivo.

Todavia, impende destacar que a atuação do Poder Judiciário em face da Administração Pública em temas desse teor não é isenta de percalços ou entraves. Ao revés, várias questões complexas de cunho jurídico e fático surgem para dificultar, senão inviabilizar, a ação do Poder Judiciário, a exemplo o limite dessa atuação em face do princípio da separação de poderes e do princípio da discricionariedade administrativa em fixar as políticas públicas. Ao intervir na seara administrativa não estará o Judiciário atuando como poder político e substituindo a escolha do administrador pela sua própria? Em face da reserva do possível em que as dotações orçamentárias são limitadas frente a uma demanda social sempre crescente e ilimitada, como obrigar o poder público a cumprir determinados direitos sociais que geram vultosas despesas orçamentárias? Demais disso, são os direitos materializadores do mínimo existencial considerados fundamentais e, nessa conformidade, representativos de autênticos direitos subjetivos públicos?

Este estudo, ao tomar como pressuposto a Constituição Federal como um sistema aberto de regras e princípios, não prescindindo de conteúdos normativos e extra-normativos, dotada de amplo arsenal axiológico, somente poderá alcançar a sua realizabilidade em uma proposta metodológica de conteúdo igualmente aberto e valorativo. Constata-se que este ponto de vista metodológico que leva em conta o caráter axiológico das normas constitucionais pode ser encontrado na teoria neoconstitucionalista,<sup>3</sup> que surgiu, sobretudo em reação à teoria positivista, buscando extravasar os limites hermeticamente fechados do positivismo jurídico, de cunho formal-normativista. Ao trazer a noção de princípio para compor as normas jurídicas e impor a valoração do jurídico, o neoconstitucionalismo exercita a interdisciplinaridade, por meio do questionamento da abordagem estritamente jurídica e da ruptura com a jurisprudência dos conceitos<sup>4</sup> e, *retroalimentando-se* dos enfoques social e filosófico, busca abstrair não a forma, mas o conteúdo e o sentido da norma, fazendo emergir a jurisprudência dos valores.<sup>5</sup>

Constata-se que os fundamentos epistemológicos do neoconstitucionalismo exercem forte influência no pensamento constitucional contemporâneo, impondo um novo

---

<sup>3</sup> O neoconstitucionalismo é abordado em tópico específico deste trabalho.

<sup>4</sup> A jurisprudência dos conceitos guarda sintonia com o positivismo jurídico, vez que o direito é compreendido como o reflexo do que a lei estabelece, de modo que a doutrina e a jurisprudência têm o papel subalterno de espelhar algo dado (DANTAS, 2006, p. 483).

<sup>5</sup> Destaca o eminente Moreira Neto (2001) que a jurisprudência dos valores (abertura do sistema jurídico aos valores), partindo da nova concepção de justiça de Rawls (2002) e contando com famosos seguidores, como Dworkin (2002) e Larenz (2005), logo frutifica na doutrina e nos tribunais da República Federal da Alemanha, que à época reconstruía seu Direito Constitucional sob o enfoque da democracia substancial, notadamente em trabalhos que logo se tornaram clássicos, como, dentre outros, os de Engisch (2008), Härberle (2002), Muller (2009), Alexy (2008) e Canaris (2008), este último definindo claramente o Direito como um sistema aberto de valores, ou seja, expresso por meio de princípios dotados de força normativa, com conteúdo de valor ou de fim.

paradigma hermenêutico, especialmente devido à reaproximação entre Direito e Moral, à inserção do método de interpretação especificamente constitucional e à centralidade dos direitos fundamentais, incorporando os avanços da filosofia da linguagem, da hermenêutica filosófica, da teoria da argumentação e do discurso racional. Assim, a teoria da constituição passou a empregar o termo para caracterizar esse novo movimento constitucional.

Extremamente elucidativa é a assertiva de Inocêncio Mártires Coelho que, em prefácio à obra de Vale (2009, p. XV), ressalta a importância da doutrina da interpretação sob o viés do constitucionalismo contemporâneo, cujos traços essenciais são assim descritos: “1) mais Constituição do que leis; 2) mais juízes que legisladores; 3) mais princípios do que regras; 4) mais ponderação do que subsunção; e 5) mais concretização do que interpretação.” Merece, nesse passo, o acréscimo de um novo elemento, qual seja, mais justiça social do que segurança jurídica.

No tocante ao positivismo jurídico, representa este uma concepção do Direito que propõe sua aplicação despida de valores humanos, cuja formulação proposta sofre duras críticas após a Segunda Grande Guerra, haja vista que se torna crucial defender a relevância dos direitos humanos e dos direitos fundamentais na aplicação do Direito. Portanto, a segunda metade do século XX é marcada por uma preocupação com os valores, que agora passam a ser considerados na ordem jurídica.

Nota-se, dessa forma, que o positivismo jurídico,<sup>6</sup> ao afastar as considerações sobre valores – especialmente a justiça – bem como ignorando questões relativas à eficácia, tentou isolar a Ciência do Direito da sua comunicação com a sociedade. A centralização do positivismo na norma jurídica voltada a atender os postulados da previsibilidade e da segurança acabou gerando uma tendência racional-formalista que inviabilizou, por meio do direito, o alcance de respostas satisfatórias aos conflitos sociais, uma vez que a sociedade contemporânea, marcada pela constante evolução e alta complexidade, não se comporta mais tão-somente nos estreitos e rígidos contornos da regra jurídica.

---

<sup>6</sup> Engelmann (2001, p. 83-84) ministra que “o modelo de regras, bem como os modelos de raciocínio jurídico que servem ao conceito positivista de Direito – o subsuntivo e o discricionário – foram abalados pela constatação da existência dos princípios, que se apresenta como um ponto consensual na teoria do direito contemporânea. O referido consenso sobre a existência dos princípios baseia-se nos seguintes argumentos: 1) argumento exemplificativo: este aspecto é encontrado em autores como Ronald Dworkin, ao trabalhar a importância dos princípios a partir da sua valorização em casos reais, decididos por juízes ingleses e norte-americanos. Entre nós, destaca-se o trabalho da Professora Judith Martins-Costa; 2) argumento histórico: os princípios são considerados um fator importante no desenvolvimento do Direito ao longo do tempo. Assim, é possível vislumbrar o papel que os princípios desempenharam na estruturação do direito romano e na Idade Média; 3) argumento filosófico: que pode ser visualizado a partir das contribuições de Robert Alexy, que concebe o Direito como um sistema de regras, princípios e procedimento, capaz de produzir, mediante a razão prática, uma racionalidade de argumentação e seus resultados.”

Logo, no positivismo, os modelos subsuntivo (decisão do caso concreto extraída dos enunciados contidos na regra aplicável) e discricionário (decisão do caso concreto calcada mormente na subjetividade do julgador, no caso de inexistência de regras aplicáveis) tornaram-se insuficientes e indesejáveis para responder às demandas mais complexas da sociedade ou para decidir os *hard cases*,<sup>7</sup> pois “[...] a aplicação pura e simples da norma, nestes casos, não conduziria à concretização da justiça, posto que esta encontra-se um pouco mais além dos limites definidos pelas palavras da lei ou de uma estrutura fechada sobre si mesma” (ENGELMANN, 2001, p. 149).

Nessa esteira, a partir do pensamento de neoconstitucionalistas, como Barroso (2006), Moreira (2008), Dworkin (2002), Alexy (2008), extrai-se que os métodos interpretativos tradicionais são insuficientes para maximizar a efetividade dos direitos fundamentais e, via de conseqüência, do mínimo existencial, pois encontram-se muito vinculados às regras postas (positivismo jurídico: razão teórica<sup>8</sup> e silogismo), eis que as normas constitucionais que têm correlação com o mínimo existencial são tipologicamente abertas (regras programáticas e princípios) e os argumentos opostos à sua sindicabilidade são por vezes metajurídicos e exigem uma atividade decisória mais valorativa (neoconstitucionalismo: razão prática<sup>9</sup> e teoria da argumentação).

À vista disso, ante a necessidade de valoração das normas referentes ao mínimo existencial em busca da justiça social, cujos objetivos coincidam com as propostas formuladas pelo neoconstitucionalismo, deve o Poder Judiciário adotar uma postura mais emancipatória e humanista e não meramente legalista/fechada de cunho positivista<sup>10</sup> que busca, antes de mais nada, alcançar a segurança jurídica. Camargo (1999, p. 137) obtempera que “[...] um novo modelo de legitimação para as decisões jurídicas fez-se necessário, o que só foi possível com a ênfase à natureza argumentativa do direito, pois a lógica formal não dava resposta satisfatória às soluções jurídicas”.

<sup>7</sup> Ensina Dworkin (2002, p. 13) que “um caso é difícil se existe incerteza, seja porque existem várias normas que determinam sentenças distintas – porque as normas são contraditórias -, seja, porque não existe norma exatamente aplicável”.

<sup>8</sup> A finalidade da razão teórica é conhecer por conhecer, cujo modo típico de comportamento é a contemplação, em que se busca conhecer o justo (BONALDO; BENEDUZI, 2006, p. 691).

<sup>9</sup> A finalidade da razão prática é dirigir as operações realizadas pelo ser humano, cujo modo típico de comportamento é a ação, em que se busca, não só conhecer o justo, mas torná-lo realidade efetiva (BONALDO; BENEDUZI, 2006, p. 691).

<sup>10</sup> Para os positivistas, o direito é observado como direito legislado, ou seja, como um conjunto de normas abstratas, dotadas de critérios genéricos, sem preocupação com as soluções concretas. Significa dizer, em síntese, que o apego ao formalismo legalista, verificadas tão-somente a eficácia e a validade formal, sem analisar a realidade, não se mostrou suficiente como um método de solução de conflitos, notadamente nos *hard cases*.

Em face dessas observações, nesta pesquisa, sem a intenção de desconsiderar o método hermenêutico tradicional ou clássico, são abordadas:

a) a teoria construtiva proposta por Dworkin (2002; 2003), que permite avançar no estudo dos conceitos-chave com conteúdo substantivo, tais como a dignidade humana, a moralidade e outras instâncias de controle da discricionariedade formuladas pelos administrativistas e, especialmente, no desenvolvimento do postulado de respeito aos direitos fundamentais e ao mínimo existencial;

b) a teoria dos princípios de Alexy (2008), em cujo quadro metodológico melhor se compreendem os conceitos-chave relacionais da proporcionalidade e da ponderação, que atuam procedimentalmente na mediação entre princípios contrapostos.

Demais disso, não é ocioso mencionar que os jusfilósofos citados são os teóricos fundantes dos respectivos métodos interpretativos de índole neoconstitucionalista.

Assim, os aludidos métodos parecem oferecer as ferramentas necessárias para a maximização da efetividade do mínimo existencial, considerado este como direito originário a prestações. De outra parte, por meio do estudo da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, sobretudo baseado em Alexy (2008), são buscados o caráter jusfundamental e a natureza jurídica das normas relativas ao mínimo existencial.

Consoante o exposto, a efetividade do mínimo existencial será buscada em duplo aspecto: a) como objetivo genérico *a priori*:<sup>11</sup> perscrutando a sindicabilidade do mínimo existencial, por meio da análise de suas normas se consubstanciadoras ou não de direitos subjetivos públicos; b) como objetivo específico *a posteriori*:<sup>12</sup> perscrutando a delimitação do alcance do mínimo existencial no âmbito de uma decisão judicial, tendo sempre em foco os métodos interpretativos que lhe maximizem a efetividade.

Procura-se, em suma, responder a três perguntas principais: a) é o mínimo existencial um direito sindicável perante o Poder Judiciário? b) após esta demonstração, como extrair o alcance do mínimo existencial no âmbito de uma decisão judicial? c) como alguns dos métodos interpretativos de índole neoconstitucionalista são capazes de otimizar a efetividade do mínimo existencial?

Ademais, tomando-se o mínimo existencial em sua dupla dimensão: a) como proteção negativa: representada pela não-incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas; b) como proteção positiva: consubstanciada na entrega de

<sup>11</sup>Extra e intra processo judicial, neste último caso, evitando-se a prolação de uma decisão terminativa por impossibilidade jurídica do pedido (CPC, art. 267, VI).

<sup>12</sup>Na fase de julgamento de um processo judicial, no âmbito de uma decisão definitiva (sentença ou acórdão).

prestações materiais pelo Estado em favor dos pobres, reitera-se que o objeto da presente investigação insere-se tão-somente sob este último ângulo. Nesse diapasão, incluem-se os direitos sociais em geral, que são direitos de todos (saúde, educação, assistência social etc.), em sua dimensão prestacional de cunho material e cujo destinatário exclusivo seja o Estado (prestações sociais estatais), bem como os direitos prestacionais que têm relevância para o indivíduo, ainda que este se encontre em sociedade (direitos existenciais ou direitos prestacionais de fruição imediata).

Consoante já assinalado, cuidam-se dos direitos originários a prestações, ou seja, daqueles direitos extraídos diretamente das normas constitucionais (Carta de 1988) definidoras de direitos fundamentais, independentemente de qualquer mediação legislativa infraconstitucional. Com efeito, restam excluídos da análise deste estudo:

a) os direitos sociais que abrangem o que se denominam liberdades sociais (ex.: direito de greve, liberdade sindical), que podem ser reconduzidas aos direitos de defesa;

b) os direitos trabalhistas, com feição de típicos direitos prestacionais, mas que se encontram restritos à classe dos trabalhadores e têm como destinatários, sobretudo as entidades privadas (empregadores);

c) as prestações normativas do Estado;

d) as prestações previdenciárias, que se encontram exhaustivamente regulamentadas pelas Leis n. 8.212 e n. 8.213/1991, que lhes definem o valor, os beneficiários, as formas de custeio etc. Em que pese existirem problemas relevantes a serem resolvidos em relação a esta temática, inexistente questionamento da legitimidade do Poder Judiciário em impor tais prestações, quando devidas. Significa dizer que tais prestações são plenamente vinculadas à lei, o que elimina qualquer óbice à respectiva tutela judicial.

Face ao exposto e considerando que a inefetividade do mínimo existencial encontra-se relacionada, sobretudo, com a tipologia de suas normas, infere-se que este estudo focará sua atenção na perquirição daqueles métodos de interpretação que viabilizem a maximização desse direito, seja para conferir-lhe uma situação jurídica de plena justiciabilidade perante o Poder Judiciário, seja para, a partir do julgamento do caso concreto, extrair-lhe a melhor resposta, que se encontra ligada à plena efetividade desse direito e que atenda aos anseios da sociedade em consonância com a justiça material.

Por outro lado, a presente análise parte da interpretação das normas correlacionadas ao mínimo existencial extraídas da Carta de 1988 até chegar a um caso concreto julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que é o órgão estatal competente para decidir com foros de definitividade qualquer matéria de índole constitucional. Ademais,

tomando-se como pressuposto que a CF/88 é um sistema aberto de regras e princípios e que visa-se a maximizar a efetividade das normas referentes ao mínimo existencial constantes de seu texto, mediante a utilização de métodos interpretativos adequados ao cumprimento de tal desiderato, há que se utilizar um referencial teórico capaz de garantir a máxima força normativa a esta Carta. Por isso, justifica-se a utilização da teoria neoconstitucionalista como pano de fundo para o desenvolvimento de todo o raciocínio científico empreendido neste trabalho.

Diante do exposto, observa-se que os referenciais teóricos utilizados para o desenvolvimento da temática encontram-se apoiados na teoria dos direitos fundamentais e na teoria neoconstitucionalista, em cujos âmbitos buscam-se, respectivamente, detectar a jusfundamentalidade e a natureza jurídica das normas constitucionais veiculadoras do direito ao mínimo existencial e detalhar alguns dos métodos interpretativos que sejam adequados para potencializar a efetividade de tais normas.

Com efeito, mediante a verificação e análise dos métodos interpretativos de natureza neoconstitucional, além de várias outras diretrizes esboçadas ao longo da investigação, propõe-se a elaboração de um *modelo ideal*, capaz de maximizar a efetividade do mínimo existencial, que sirva como *standard* para a análise crítica comparativa em relação a um caso julgado pela Excelsa Corte correlacionado com o tema, pois o Direito, como uma ciência social, a par de se ocupar do estudo descritivo dos sistemas reais, volta-se para a elaboração de sistemas ideais, ou seja, para a prescrição de um dever-ser, na suposição de que, uma vez impostos estes sistemas ideais à realidade, serão eles capazes de produzir efeito benéfico e aperfeiçoador.

Dessa forma, é analisado um julgado recente do Supremo Tribunal Federal - STF pertinente ao direito à educação. Inobstante reconhecer como extremamente profícuo e relevante, não se pretende fazer um apanhado evolutivo da jurisprudência da Corte nesta seara, nem tampouco analisar todos os casos que cuidam do direito ao mínimo existencial, pois que exigiria o estudo acerca de diversos direitos sociais, como saúde, moradia, alimentação, assistência social etc. , o que demandaria um trabalho especificamente voltado para tais abordagens. Com efeito, o estudo centra-se no direito à educação, pois acredita-se que a educação é capaz de instrumentalizar o indivíduo para que ele possa, por si próprio ou por intermédio do Estado, alcançar os demais direitos relativos ao mínimo existencial, viabilizando-lhe uma vida com qualidade e dignidade. Por meio da educação, crê-se, destarte, que o cidadão pode tornar-se mais consciente de seus direitos e, de conseqüência, saber como exigí-los do Estado, ou como alcançá-los por seus próprios meios.

O presente estudo, sem pretensões de completude ou exaustividade mesmo no tocante ao enfoque específico adotado, busca abarcar as diversas dimensões da dogmática jurídica, conforme ensinamentos de Alexy (2008, p. 32-35), quais sejam, a dimensão analítica, a dimensão empírica e a dimensão normativa. Na dimensão analítica, que diz respeito à “dissecção sistemático-conceitual do direito vigente”, este estudo abrange o conceito de norma de direito fundamental, de direito subjetivo, de efetividade etc. Quanto à dimensão empírica, na acepção que cuida da cognição do direito válido, incluindo-se o direito legislado e o direito jurisprudencial, leva em conta as normas constitucionais, regras e princípios, e decisão do STF, que tem correlação com o mínimo existencial. Já em conformidade com a dimensão normativa, que diz respeito “à elucidação e à crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial”, é elaborada análise crítica de recente decisão do STF que têm pertinência com o mínimo existencial, em sua vertente prestacional.

Outrossim, com o objetivo de responder aos problemas formulados na presente investigação, propõe-se o seguinte esquema de trabalho:

No Capítulo I, calcado nos fundamentos dos direitos humanos, são averiguadas a evolução histórica e a formação dos direitos fundamentais sociais, desde a Idade Antiga até os dias atuais, extraíndo deles o mínimo existencial, considerado em toda a sua abrangência, incluindo-se as prestações estatais e não-estatais, e fixando, inclusive, quais os direitos sociais atualmente em vigor no ordenamento jurídico pátrio, sejam eles originários do texto constitucional ou dos Tratados Internacionais incorporados ao direito brasileiro. Neste Capítulo, é o direito ao mínimo existencial examinado no âmbito de todas as Constituições brasileiras, com especial destaque para a de 1988.

No Capítulo II, por meio da Teoria dos Direitos Fundamentais, com fulcro notadamente em Alexy (2008), são perscrutados os direitos sociais consubstanciadores do mínimo existencial em sua dimensão prestacional. São definidos os seus contornos conceituais e analisados o conteúdo e a estrutura das respectivas normas constantes da Constituição Federal de 1988 e de onde busca extrair-se, sem pretensão de exaustividade, os direitos e as medidas assecuratórias que têm correlação com esses direitos. Tais direitos são categorizados em conformidade com a perspectiva neoconstitucionalista adotada pelo presente estudo, realçando o aspecto da efetividade desses preceitos, pavimentando, assim, o tema para o próximo Capítulo. Ainda neste Capítulo, é apresentada uma síntese da teoria neoconstitucionalista, haja vista que sob esse enfoque é realizado todo o estudo subsequente constante deste trabalho. Grosso modo, diz-se que neste Capítulo estuda-se a criação do

direito, mediante a análise das normas de direitos fundamentais, com o foco sempre voltado para o mínimo existencial.

No Capítulo III, são analisados os métodos de interpretação de natureza neoconstitucionalista elaborados pelo americano Ronald Dworkin e pelo alemão Robert Alexy, intencionando maximizar a efetividade do mínimo existencial. Neste tópico, são definidos conceitos relevantes, como efetividade, dimensões (subjetiva e objetiva) dos direitos fundamentais e sindicabilidade/justicialidade. Demais disso, é dedicada atenção à análise crítica comparativa entre o *modelo ideal* de interpretação constitucional maximizador da efetividade do mínimo existencial proposto e recente decisão do STF na área de educação, verificando se em tal decisão há a preocupação em conferir a máxima eficácia normativa ao texto constitucional e, de conseguinte, ao mínimo existencial. Também neste Capítulo são pinçados alguns dos principais instrumentos processuais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, hábeis para conferir efetividade ao aludido direito. Grosso modo, pode dizer-se que neste Capítulo são estudadas a interpretação e a aplicação das normas de direitos fundamentais, com o foco sempre voltado para o mínimo existencial.

## CAPÍTULO I

### PROCESSO E CONQUISTAS HISTÓRICAS DOS DIREITOS EXISTENCIAIS MÍNIMOS: PRESTAÇÕES ESTATAIS E NÃO-ESTATAIS

Com vistas a uma melhor compreensão do direito ao mínimo existencial, em seu aspecto abrangente, considerando-o, no âmbito do pensamento ocidental, tanto como prestações estatais e não-estatais mínimas quanto, hodiernamente, como proteção positiva assegurada por prestações materiais por parte do Estado, busca-se, neste Capítulo, traçar a evolução histórica desse direito, iniciando-se a partir da Idade Antiga, passando pela Idade Moderna e Contemporânea, até chegar-se aos dias atuais, em que são analisadas tanto a influência da doutrina social da Igreja Católica como a dos tratados internacionais na constitucionalização e efetivação do aludido direito. Dado que os tratados internacionais, *in casu* os de direitos humanos, ao serem incorporados passam a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro, sobre eles são enfocados, além do seu impacto na ordem interna, a controvertida questão de sua hierarquia normativa.

No fim, são as prestações estatais mínimas examinadas no âmbito de todas as constituições brasileiras, com especial destaque para a de 1988, elaborando-se quanto a estas cartas uma análise crítica comparativa concernente ao tratamento da matéria.

#### 1.1 Direitos Existenciais. Origens Remotas: Da Idade Antiga à Idade Moderna

O mínimo existencial, considerado como espécie dos direitos humanos, encontra sua gênese no relacionamento seminal existente entre o Estado, a sociedade e o indivíduo, eis que ao indivíduo somente é viabilizado alcançar a dignidade em uma sociedade onde o fim último do Estado seja o bem comum. Impende destacar, ademais, que esta nomenclatura é recente, tendo como sinônimos “dignidade básica”, “dignidade mínima existencial”, “mínimo vital”, “direitos sociais básicos”, “prestações mínimas” etc., observado que, inobstante tais expressões possuírem conteúdo polissêmico e indeterminado, a sua conceituação, ainda que em caráter preliminar, é intuitiva. Dessa feita, pode asseverar-se que o cerne do direito ao mínimo existencial exige a coexistência da proteção da própria vida da pessoa humana, enquanto ser biológico, e de condições mínimas materiais capazes de conferir dignidade à vida humana.

Nessa esteira, insta consignar que há autores que relacionam o mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana,<sup>13</sup> inclusive afirmando que o *punctum dolens* para a compreensão de seu conteúdo consiste, em essência, em determinar o alcance e o significado da dignidade humana, vez que a evolução desse último conceito pode ser considerada o fio condutor da saga dos direitos humanos, pois tudo se inicia com a vida digna e só há vida digna a quem esteja assegurado um mínimo existencial (BALERA, 2008, p. 1.342).

Sobreleva mencionar, de outra parte, que existem doutrinadores que relacionam o mínimo existencial, inclusive quanto à evolução histórica, aos direitos sociais, ainda que em sua jusfundamentalidade (TORRES, 2008, p. 9). Todavia, qualquer que seja a posição adotada, não se pode descuidar do fato de que o direito ao mínimo existencial tendo atuado como força propulsora e motivadora do nascedouro dos direitos humanos vem abeberando-se, desde então, de sua própria fonte, fortalecendo-se e transformando-se com a própria evolução do homem, da sociedade e do Estado.

Nesse diapasão, pode afirmar-se que os direitos humanos, e o direito ao mínimo existencial como uma espécie daqueles, vinculam-se à criação e à extensão progressiva “[...] a todos os povos da Terra, das instituições jurídicas de defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria” (COMPARATO, 2007, p. 1).

Nesse passo, pertinente é o conceito de direitos humanos no dizer de Perez Luño (2007, p. 46, tradução nossa), como um “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional”.<sup>14</sup>

Consoante o exposto, propõe-se nos próximos tópicos traçar, de forma sucinta, a evolução histórica das prestações estatais e não-estatais mínimas seguindo a trilha dos direitos

---

<sup>13</sup>A dignidade humana, tanto quanto o mínimo existencial, tem estreita correlação com os direitos humanos, a princípio, e, posteriormente também com os direitos fundamentais e com o desenvolvimento econômico-social, no âmbito dos quais se inserem a qualidade de vida, o combate à pobreza e a redistribuição de rendas em relação aos membros de uma determinada sociedade e, de outra parte, com a legitimação e a finalidade do Estado enquanto ente responsável por conferir dignidade à vida das pessoas abrangidas pelo seu espectro de irradiação de poder. Lembrando, por oportuno, que a doutrina alemã diferencia os direitos humanos dos direitos fundamentais, vez que estes últimos se aplicam “para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).” (SARLET, 2007, p. 35-36).

<sup>14</sup>*conjunto de faculdades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.*

humanos,<sup>15</sup> até chegar-se aos direitos sociais inscritos nos textos constitucionais, ressaltando que, para o filósofo Tosi (1999), houve a confluência de várias correntes de pensamento e de ação para a formação da doutrina dos direitos do homem, dentre as quais se destacam como principais, respeitando-se a seguinte seqüência histórica: o liberalismo, o socialismo e o cristianismo social, as quais são mencionadas no decorrer desta exposição.

A *priori*, registre-se que, conforme notícia Comparato (2007, p. 41), a proto-história<sup>16</sup> dos direitos humanos tem início nos séculos XI e X a.C., na Idade Antiga, com a instituição, sob Davi, do reino unificado de Israel, em contraposição a todos os regimes monárquicos até então existentes em que os soberanos se auto-intitulavam deuses ou se proclamavam legisladores, pelo estabelecimento da figura do rei-sacerdote, “[...] o monarca que não se proclama deus nem se declara legislador, mas se apresenta, antes, como o delegado do Deus único e o responsável supremo pela execução da lei divina”. Logo, a partir deste comportamento de reconhecimento de que as instituições de governo devem servir aos governados e não aos próprios governantes viabilizou-se a admissão da existência de direitos gerais direcionados a todos, inerentes à própria condição humana,<sup>17</sup> não representando estes direitos meras concessões de favores dos exercentes do poder político a seus súditos.

Essa marcante experiência de “[...] limitação institucional do poder de governo foi retomada no século VI a.C., na Antigüidade Clássica, com a criação das primeiras instituições democráticas em Atenas, e prosseguiu no século seguinte, com a fundação da república romana”.<sup>18</sup> Nesse período da história emergiu, portanto, pela primeira vez, a idéia de uma igualdade essencial entre todos os homens, embasada na lei escrita, “[...] como regra geral e

<sup>15</sup> Para uma análise histórica e filosófica da dignidade humana, v. Mirandola (2008) e Sarlet (2008).

<sup>16</sup> Digno de registro, porém, é o Código de Hamurabi, cuja elaboração calcula-se tenha sido concluída por volta de 1.700 a.C. na antiga Mesopotâmia. Referido documento talvez tenha sido a primeira codificação na história da humanidade a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes.

<sup>17</sup> A elaboração do conceito de pessoa humana passou por cinco fases na história da humanidade: a) concepção estóica e cristã da pessoa considerada em sua dupla natureza: divina (unidade substancial) e humana (em razão da aparência corporal ou da atividade exercida na sociedade); b) concepção de Boécio (século VI) da pessoa como substância individual de natureza racional; c) concepção kantiana da pessoa humana considerada como sujeito de direitos universais, anteriores e superiores a toda ordenação estatal, e a sua dignidade elevada a um fim em si mesma. Há a oposição ética entre pessoas e coisas, estas últimas consideradas como um meio para a consecução de determinado resultado; d) concepção da pessoa como único ser vivo que dirige a sua vida em função de preferências valorativas; e) concepção da unicidade da pessoa humana (século XX): a essência da personalidade humana, a par de seu caráter evolutivo e mutável, não se confunde com a função ou papel que cada qual exerce na vida (COMPARATO, 2007).

<sup>18</sup> Ao questionar os mitos religiosos, o homem passou a ocupar o eixo central das reflexões e ações humanas, suprimindo-se todo poder político superior ao do próprio povo. Demais disso, ressalte-se que a limitação do poder político em Atenas era alcançada pela preeminência da lei (esta emanada da prudência e da razão e não da simples vontade do povo ou dos governantes) e pela soberania popular ativa; já na república romana, deveu-se à “instituição de um complexo sistema de controles recíprocos entre os diferentes órgãos políticos”. Registre-se que em 450 a.C. foi promulgada em Roma a *Lei das XII Tábuas*, representando um código legal oficial (COMPARATO, 2007, p. 44).

uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada” (COMPARATO, 2007, p. 12; 42).

A Idade Média surgiu com a extinção do império romano do Ocidente, em 453 da era Cristã, constituída pela união de “[...] instituições clássicas, valores cristãos e costumes germânicos” (COMPARATO, 2007, p. 45), formando-se, assim, na Europa, a civilização medieval que perdurou do século V ao século XV. Na Alta Idade Média, período que permeia o século V até o final do século XI, assim classificado pela maioria dos historiadores, verifica-se uma crescente descentralização política e econômica, em decorrência do nascimento e fortalecimento dos feudos.<sup>19</sup> Entrementes, a partir do século XI, na Baixa Idade Média, assiste-se a um movimento de reconstrução da unidade política perdida. Destaca Comparato (2007, p. 46) que particularmente contra os abusos ocorridos nesta reconcentração do poder político é que surgiram as primeiras manifestações de rebeldia: na península ibérica com a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e, sobretudo na Inglaterra com a Magna Carta de 1215.

Com efeito, verifica-se que na idéia germinal dos direitos humanos encontra-se o valor da liberdade, ainda que não a liberdade geral em benefício de todos como posteriormente propugnada pelo ideário da Revolução Francesa do século XVIII, mas a liberdade em favor dos estamentos superiores da sociedade – o clero e a nobreza –, com algumas concessões em prol do *Terceiro Estado*, o povo. Este último, inclusive, passa a ter contornos mais definidos com a ascensão social dos comerciantes, mais tarde conhecidos como burgueses ou classe burguesa,<sup>20</sup> ocasião em que o comércio e as cidades recuperam o seu dinamismo e prestígio, influenciando de forma embrionária e decisiva a transformação da sociedade feudal em sociedade capitalista.

Constata-se, assim, que o ideário liberal coincide historicamente com a reivindicação da classe burguesa por uma maior liberdade de ação e de representação política frente à classe dos nobres e do clero, dotando os movimentos revolucionários de então de uma justificativa consistente, de inspiração doutrinária jusnaturalista,<sup>21</sup> que levou progressivamente à dissolução do mundo feudal e à constituição do mundo moderno.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup>Os feudos eram considerados grandes propriedades rurais (latifúndios), originados a partir da doação de terras pelo rei aos nobres em troca de apoio militar e, que, posteriormente, ao se tornarem auto-suficientes, engendraram a ruralização do modo de vida e de produção econômica, provocando a descentralização do poder político, que passou das mãos do rei para as dos vários senhores feudais.

<sup>20</sup>Os burgueses, na Idade Média, foram assim denominados os homens livres que se dedicavam basicamente ao comércio (comerciantes) e que viviam nos *burgos* (cidades muradas).

<sup>21</sup> Consubstancia-se na teoria que postula a existência de um direito cujo conteúdo é estabelecido pela natureza e, portanto, é válido em qualquer lugar. Possui como expoentes Santo Tomás de Aquino, Francisco Suárez, Richard Hooker, Thomas Hobbes, Hugo Grócio, Samuel Von Pufendorf e John Locke.

Comparato (2007, p. 49) adverte que durante os dois séculos que se sucederam à Idade Média, período o qual se convencionou denominar de Idade Moderna<sup>23</sup> (do século XV ao XVIII), a Europa vivenciou um período de crescente e extraordinária concentração do poder político, tendo sido elaborada, inclusive, a teoria da monarquia absoluta, com destaque, sobretudo para Nicolau Maquiavel, Jean Bodin, Thomas Hobbes e Jacques-Bénigne Bossuet.<sup>24</sup>

Considerado o caráter concentrador do poder político nessa época, a garantia processual representada pelo *habeas corpus*, conforme postulado pela lei inglesa de 1679, no sentido de proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente para a proteção de outras liberdades fundamentais. Em que pese a existência anterior do precitado remédio jurídico (antes mesmo da Magna Carta), este não possuía, até então, eficácia jurídica, devido à falta de regras processuais adequadas.

Entretanto, o *Bill of Rights* promulgado na Inglaterra em 1689,<sup>25</sup> exatamente um século antes da Revolução Francesa, pôs fim, pela primeira vez, ao regime de monarquia

---

<sup>22</sup> Para Miranda (2000, p. 21), os fatores mais marcantes na formação e no triunfo generalizado do conceito moderno de direitos fundamentais são a limitação do poder de tradição inglesa (da *Magna Charta* ao *Act of Settlement*) e a concepção jusracionalista (fruto da razão humana) projetada nas Revoluções americana e francesa.

<sup>23</sup> As mudanças indicativas da modernidade e da construção do mundo moderno tiveram por base a desagregação do feudalismo e o desenvolvimento do capitalismo. Também nesta fase caracterizou-se pela constituição de um tipo de Estado que vinha se desenvolvendo na Europa Ocidental desde o século XII: o Estado moderno, de caráter nacional. Por nação entendia-se um território definido e habitado por uma população que, apesar da diversidade de povos e culturas que a compunham, se reconhecia como súdita de um mesmo monarca, centralizador do poder. E esta centralização do poder acabou afirmando-se no absolutismo monárquico, com o rei sendo identificado com o Estado. Representa a passagem do Estado estamental para o Estado absoluto. Dessa forma, infere-se que o “Estado moderno surge, no final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo e associado ao absolutismo do poder real” (BARROSO, 2006, p. 145).

<sup>24</sup> Os teóricos da monarquia absoluta foram fundamentais para a legitimação do poder ilimitado do monarca. O essencial no pensamento de Maquiavel (1469-1527) foi a separação entre política e moral, afirmando a autonomia e a prioridade da política. O Estado, segundo sua concepção, é uma realidade em si, bem como um fim em si mesmo e, por isso, qualquer ato do príncipe seria válido caso levasse à preservação do Estado. Por sua vez, Jean Bodin (1530-1596) refutava Maquiavel, pois, para ele, política e moral não se separam: o bem do Estado deve estar ligado ao bem do indivíduo. Entretanto, reafirmando o pensamento de Maquiavel, considerava como único limite à soberania do chefe de Estado o direito de propriedade dos súditos, o qual representava como um dos fundamentos da família ou dos lares, cujo conjunto constituía o Estado. Assim como Bodin, Thomas Hobbes (1588-1679) concebe o Estado como soberano. Para ele, os homens se uniram em torno de um contrato social, visando a formar uma sociedade civil e legando a um soberano todos os direitos para protegê-los contra a violência e a guerra de todos contra todos geradas pelo estado original de natureza. Portanto, o Estado surge como uma criação do ser humano para sua própria defesa e proteção, decorrendo daí a idéia de que quem exerce o poder não deve ter limites para atuar. Contudo, diferentemente de Maquiavel, Hobbes encara o poder absoluto do Estado não como um fim em si mesmo, mas como meio para a realização plena dos direitos individuais básicos e direitos civis. De outra parte, Bossuet (1627-1704), contrariamente aos demais intelectuais citados, justificava a monarquia absoluta com base tão-somente no direito divino dos reis.

<sup>25</sup> As idéias liberais surgidas nos séculos XVII e XVIII, por meio das obras dos iluministas, exerceram um papel preponderante sobre as grandes revoluções liberais do mencionado período, com destaque para a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), de 1689, resultante da assim chamada Revolução Gloriosa que aconteceu na Inglaterra em 1688, responsável pela formação de uma monarquia constitucional; a Declaração de Direitos (*Bill of*

absoluta. Malgrado essa Lei Fundamental do reino não se enquadrasse nos moldes de uma declaração de direitos humanos como as que vieram a ser aprovadas nos Estados Unidos e na França no século seguinte, criava, com a separação de poderes (Rei e Parlamento), uma forma de organização do Estado que protegia, em última instância, os direitos fundamentais da pessoa humana.

Em face do exposto, nota-se que na visão ocidental e moderna de democracia estão indissolúvelmente combinados tanto o governo pelo povo quanto a limitação do poder estatal. O poder delegado pelo povo aos seus representantes não é absoluto, encontrando limitações, inclusive referentes à previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão, quer seja frente ao próprio Estado, quer seja em relação aos demais cidadãos. A proteção dos direitos humanos, como limitação do poder estatal, é capaz de viabilizar a criação de deveres para o Estado em face dos cidadãos, os quais em princípio, são *deveres de omissão* (direitos civis e políticos) e, posteriormente, conforme oportunamente é demonstrado, *deveres de ação* (direitos sociais), conservando-se, todavia, sempre o mesmo pano de fundo, qual seja, o respeito à dignidade humana.

## 1.2 Origens Próximas: Da Idade Contemporânea aos Marcos Atuais

Para Bielefeldt (2000, p. 107-109), considerando-se, notadamente, o desenvolvimento dos direitos humanos nos últimos duzentos anos, constata-se que tais direitos são históricos por dois motivos principais: estão eles submetidos à contingência da história humana, encontrando-se expostos de muitas maneiras às críticas e, ainda, nota-se que o conteúdo dos direitos humanos altera-se tanto pelas críticas a eles dirigidas quanto pelas mudanças evolutivas de natureza social, econômica e política ocorridas na história da humanidade. Destaca o referido autor, com efeito, que “[...] nunca haverá um rol completo e imutável de direitos”, haja vista que os direitos humanos passaram por inúmeras transformações desde as primeiras declarações do final do século XVIII.<sup>26</sup>

---

*Rights*) do Estado da Virgínia de 1776, que foi a base da declaração da independência dos Estados Unidos da América e serviu de fundamento à Constituição de 1787 e, particularmente, às dez emendas a ela adicionadas em 1791; e a Declaração dos direitos do homem e do cidadão da Revolução Francesa de 1789, que derrubou o antigo regime (*Ancien Régime*) e proclamou a República.

<sup>26</sup>Bielefeldt (2000) compila as seguintes causas para o surgimento de novas reivindicações no campo dos direitos humanos: a) novas e diferentes formas de repressão e discriminação tornam necessária a diferenciação da proteção aos direitos humanos; b) profundas alterações socioeconômicas das condições de vida podem trazer novas formas de ameaça à vida condigna que devem ser suplantadas através de mecanismos jurídicos e políticos e que podem ter, como consequência, o deslocamento do foco em assuntos ligados aos direitos

Destarte, para o autor, a batalha pelos direitos humanos não é apenas uma batalha em prol da “concretização de postulados que se fixem para sempre, mas também uma discussão sobre o conteúdo e alvo de reivindicações jurídicas concretas, que se alteraram substancialmente no decorrer dos últimos duzentos anos e que, certamente, ainda muito se alterarão no futuro”.<sup>27</sup> Nesse sentido, aliás, é que pode ser compreendida, na Idade Contemporânea, a evolução dos direitos humanos em diversas *gerações*, *dimensões* ou categorias de direitos.<sup>28 29</sup>

Com efeito, na Idade Contemporânea que se inicia no último quartel do século XVIII, a proteção dos direitos humanos e a democracia moderna<sup>30</sup> têm como ato inaugural a Declaração de Independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte, em 1776, cujo embasamento jurídico se assenta no *Bill of Rights* inglês de 1689 e cuja fundamentação filosófica vem não só de Locke, mas também do pensamento ilustrado

---

humanos; c) a crítica universalista aos direitos humanos também manifesta conseqüências na estrutura desses direitos como, por exemplo, no protesto contra a unilateralidade das listas de direitos apresentadas por socialistas, feministas e outros movimentos emancipacionistas; e d) o processo de crescente globalização leva a alterações no debate referente aos direitos humanos.

<sup>27</sup> Como leciona Norberto Bobbio (2000, p. 481-482), os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora as Declarações de Direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais, passando, para a sua conquista, por quatro fases: a) constitucionalização dos direitos humanos através das Declarações de Direitos inseridos nas primeiras constituições liberais e depois, pouco a pouco, nas constituições liberais e democráticas que vieram à luz nos dois sucessivos séculos; b) progressiva e contínua extensão dos direitos fundamentais, ocorrendo, primeiramente, no próprio interior dos direitos de liberdade, passando, após, do reconhecimento dos direitos civis para o reconhecimento dos direitos políticos, representando a transformação do Estado liberal em Estado democrático e, por derradeiro, chegando-se ao reconhecimento dos direitos sociais, que transformou o Estado democrático e liberal em Estado democrático e social; c) universalização dos direitos humanos, tendo como ponto de partida a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, com a transposição da sua proteção do sistema interno para o sistema internacional; c) especificação dos direitos humanos, considerando as exigências específicas de proteção da pessoa humana, sejam em relação a vários critérios, como o sexo, as várias fases da vida etc.

<sup>28</sup> Atribui-se a construção geracional originária a Marshall (1967). Esse autor, professor emérito de Sociologia da Universidade de Londres por trinta anos, foi chefe do Departamento de Ciências Sociais da *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* - UNESCO e Presidente da Associação Internacional de Sociologia, estudando o desenvolvimento histórico (institucional) da cidadania na Inglaterra, dividiu-a em três elementos predominantes, o civil, o político e o social, e buscou estabelecer as sucessivas fases em que surgiram os respectivos direitos na prática político-jurídica inglesa. Galdino (2005, p. 165-178), ao comentar sobre as gerações dos direitos fundamentais, desaconselha o seu uso de forma irrefletida e a-crítica como vem sendo feito no Brasil, pois, “ao contrário do que ocorreu na prática institucional inglesa, na práxis brasileira vieram em primeiro lugar os direitos sociais, seguidos ao depois pela expansão dos direitos políticos, e hoje, finalmente, pelos direitos civis, os quais, embora prometidos, ainda restam sistematicamente violados e inacessíveis a boa parte da população”.

<sup>29</sup> Sarlet (2007) traz à luz a crítica nacional e alienígena em relação ao uso da expressão *gerações* ao invés de *dimensões* de direitos humanos, a qual, dada a sua imprecisão terminológica, confere a falsa noção de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando, ao revés, em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento.

<sup>30</sup> A democracia moderna (representativa), ao contrário da democracia dos antigos (direta), surgiu como um movimento de limitação geral dos privilégios estamentais e dos poderes estatais, estes representados pelo clero e a nobreza, em prol da classe burguesa (ricos proprietários) e não em favor do povo ou dos mais pobres.

européu do século XVIII, notadamente dos escritos de Montesquieu e Rousseau.<sup>31</sup> “É o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social” (COMPARATO, 2007, p. 107; 112).

Treze anos depois, em 1789, no ato de abertura da Revolução Francesa<sup>32</sup> com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* é reforçada a mesma idéia de liberdade e igualdade dos seres humanos, formando a geração dos primeiros direitos humanos.<sup>33</sup> Nessa época, a preocupação maior era defender a pureza das idéias, o homem abstratamente considerado, mais do que a dignidade concreta da pessoa humana. Ademais, os franceses, ao contrário dos norte-americanos que seguiram a tradição inglesa, deram mais ênfase à declaração dos direitos do que aos instrumentos judiciais que os garantissem (COMPARATO, 2007, p. 132; 140).

Bonavides (2006) comenta que abalizados juristas têm fixado a correlação dos direitos da primeira, da segunda e da terceira dimensões,<sup>34</sup> respectivamente, com os direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade. E não há como tratar das diversas dimensões de direitos humanos sem vinculá-las aos direitos fundamentais inscritos nas constituições, haja vista corresponderem estas, em sua ordem histórica de surgimento, à fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

Os direitos de primeira dimensão são, assim, os direitos de liberdade, os primeiros a constarem dos textos constitucionais, consubstanciados nos direitos civis e políticos e caracterizados por serem direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, entrando na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek,<sup>35</sup> tendo dominado todo o século XIX.

<sup>31</sup> As idéias desses dois pensadores franceses foram as que mais exerceram influência sobre o espírito revolucionário de então: Montesquieu, pela idéia da necessidade de limitação institucional dos poderes de Estado, e Rousseau, pelo princípio de que a vontade geral do povo é a única fonte de legitimidade do poder.

<sup>32</sup> A Revolução Francesa é considerada pelos historiadores como o marco definitivo de passagem do sistema feudal para o sistema capitalista, este iniciado nos albores da Idade Moderna. Por outro lado, a idéia de monarquia absoluta, combatida por todos os pensadores do *século das luzes*, tornou-se inaceitável para a nova classe ascendente, a burguesia.

<sup>33</sup> Releva acrescentar que o reconhecimento da fraternidade ou solidariedade, com respaldo da Igreja Católica, só se logrou alcançar com a Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

<sup>34</sup> Bonavides (2006, p. 563-571) classifica os direitos fundamentais nas seguintes gerações: a) primeira geração: direitos da liberdade consistentes nos direitos civis e políticos; b) segunda geração: consubstanciam-se no princípio da igualdade e são os direitos sociais, culturais e econômicos; c) terceira geração: têm por destinatário o gênero humano, como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade; d) quarta geração: direitos resultantes da globalização, como o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

<sup>35</sup> Alexy (2008, p. 255-268) ensina que a teoria dos *status* de Jellinek caracteriza-se por ser uma forma de relação entre o cidadão e o Estado, sendo classificada em quatro diferentes *status*: a) *status* passivo ou *status*

Entrementes, na primeira metade do século XIX, o fato da sociedade liberal capitalista de então, que forjou os direitos humanos de primeira dimensão, e do Estado ausenteísta ignorarem as diferenças sócio-econômicas existentes entre os empregadores e a massa crescente de trabalhadores, enquadrando ambas as categorias no mesmo patamar jurídico de igualdade, provocou uma brutal pauperização das massas proletárias, forçando a organização da classe trabalhadora subjugada pela miséria, doença e marginalização por meio da regulação dos direitos do trabalhador assalariado. Representou essa regulação um acordo ou uma *trégua*, mesmo que incipiente e precária, entre o capital e o trabalho. Foi necessário, ainda, o advento do Estado Social, no século XX, para que “[...] os grandes riscos sociais da existência humana fossem assumidos, doravante não mais pelos grupos tradicionais, mas pelo Estado” (COMPARATO, 2007, p. 111). Nessa época, encontrando um ambiente propício, entra em cena o socialismo, que deitando suas raízes mais remotas nos movimentos extremamente radicais da Revolução Francesa, pretendia não apenas a realização da liberdade, mas também da igualdade, e não apenas da igualdade frente à lei, de cunho meramente formal, mas da igualdade econômica e social, de cunho material.

Destaca Tosi (1999) que o socialismo, sobretudo a partir dos movimentos revolucionários de 1848 (ano em que foi publicado o Manifesto do Partido Comunista de Marx e Engels),<sup>36</sup> reivindica uma série de direitos novos de natureza bem diversa daqueles de tradição liberal, em resposta às grandes desigualdades econômicas e sociais geradas pelo capitalismo. Era sentida a necessidade de intervenção do Estado para por cobro àquela situação.<sup>37</sup> Inclusive, digna de nota é a observação de Bobbio (1992, p. 72), ao diferenciar as

---

*subiectionis* (nele encontra-se o indivíduo em razão de sua sujeição ao Estado no âmbito da esfera de obrigações individuais, levando a duas interpretações possíveis: a primeira, no sentido de que existe algum dever ou proibição estatal ao qual o indivíduo está sujeito, ou, que o Estado tem uma competência diante do indivíduo para estabelecer algum dever ou proibição que o afete; e a segunda, o *status* passivo de um indivíduo é composto pela totalidade ou pela classe dos deveres e proibições que o Estado lhe impõe por se inserir em seu âmbito de competência); b) *status* negativo ou *status libertatis* (ao indivíduo é concedido um *status*, no âmbito do qual ele é soberano, estando livre do *jus imperium* do Estado. É formado por faculdades; pelos direitos de defesa); c) *status* positivo ou *status civitatis* (é o direito do cidadão, em face de um dever do Estado, a ações estatais. Em outros termos, é uma capacidade do cidadão juridicamente protegida para exigir prestações positivas do Estado); d) *status* ativo ou *status* da cidadania ativa (para que o indivíduo seja inserido nesse *status* a ele devem ser outorgadas capacidades/competências que estejam além de sua liberdade natural, como, por exemplo, o direito de votar. Segundo Jellinek, o indivíduo é incorporado ao *status* ativo quando sua esfera não é restringida por uma obrigação mas, ao revés, verifica-se uma ampliação de sua capacidade de agir). Em resumo, pode dizer-se que cada *status* descrito representa, respectivamente, prestações ao Estado, liberdade frente ao Estado, pretensões em relação ao Estado e prestações por conta do Estado.

<sup>36</sup>Krell (2006, p. 249) ressalta que “uma etapa decisiva para a formulação e reivindicação dos Direitos Sociais foi a Revolução Industrial do século XIX, que levou à exploração desenfreada e à miséria dos trabalhadores urbanos e suas famílias em vários países da Europa e, em consequência, ao surgimento do movimento sindical à formulação do Manifesto Comunista (1848) por Marx e Engels.”

<sup>37</sup>No liberalismo, a intervenção estatal deveria ser mínima, vez que a questão central era a garantia das liberdades individuais frente ao Estado. No socialismo, contrariamente, tratava-se de obrigar o Estado a intervir,

formas de efetivação dos clássicos direitos de liberdade em face dos direitos sociais, quando ressalta que os primeiros nascem contra um Estado forte e objetivam limitar este poder, e os últimos surgem, inversamente, a partir da necessidade de ampliação dos poderes do Estado.

Nesse diapasão e sob a égide do ideal socialista, a Constituição francesa de 1848 reconheceu algumas exigências econômicas e sociais, em adequação ao espírito das anteriores constituições de 1791 e 1793, observado, contudo, que a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a acontecer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.<sup>38</sup>

Não se pode descurar, todavia, que sob a influência da concepção marxista-leninista, é elaborada a *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado* da então República Soviética Russa, em 1918, que exerceu preponderante ascendência na elaboração da Constituição do referido país daquele mesmo ano. De acordo com percuciente análise de Piovesan (2004, p. 148) “[...] do primado da liberdade transita-se ao primado do valor da igualdade. O Estado passa a ser visto como agente de processos transformadores e o direito à abstenção do Estado, neste sentido, converte-se em direito à atuação estatal, com a emergência dos direitos a prestação social”. Nessa mesma esteira é o escólio de Bucci (2006, p. 2), de que “[...] os direitos sociais representam uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a modificar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais”.

Por outro lado, inobstante a Organização Internacional do Trabalho – OIT<sup>39</sup> já existir desde 1919, garantindo-se os direitos sociais dos trabalhadores desde o pós-Primeira Guerra, foi a partir de 1945, com o fim da Segunda Guerra e com o nascimento da Organização das Nações Unidas<sup>40</sup> - ONU, que os direitos humanos começaram a desenvolver-

---

fornecendo os bens e serviços necessários, com vistas ao abrandamento das desigualdades econômicas e sociais e o alcance do bem-estar social.

<sup>38</sup>A Carta Política mexicana de 1917, em reação ao sistema capitalista e lançando as bases gerais para a construção do moderno Estado Social de Direito, foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123). A Constituição de Weimar (1919-1933), apesar da existência de várias ambigüidades e imprecisões e da breve vigência, estruturou melhor as bases do Estado da democracia social, estabelecendo disposições sobre a educação pública e o direito trabalhista. Na seção sobre a vida econômica fixa no art. 151 que “a ordenação da vida econômica deve obedecer aos princípios da justiça, com o fim de assegurar a todos uma existência conforme à dignidade humana. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica dos indivíduos. [...]”

<sup>39</sup>Até o início da Segunda Guerra Mundial, a OIT havia aprovado 67 (sessenta e sete) convenções internacionais, das quais apenas 3 (três) não contaram com nenhuma ratificação.

<sup>40</sup>Conforme se lê no preâmbulo da Carta das Nações Unidas, um dos princípios da ONU é o de “empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos”. Com esse objetivo foi criado o Conselho Econômico e Social, atribuindo-lhe a incumbência de favorecer, entre os povos, “níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social”. Em cumprimento ao disposto no art. 68 da Carta, em 1946 o referido Conselho aprovou o estatuto da Comissão

se, efetivamente e com vigor, no plano internacional. Dessa forma, em 1948 os Estados adotam a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, com 48 votos favoráveis e 8 abstenções, em reação aos horrores do holocausto provocados pela Segunda Guerra (cuja origem se assenta no fortalecimento do totalitarismo estatal dos anos 30) e motivados pela necessidade de cooperação recíproca no intuito de evitar que atrocidades semelhantes voltassem a se repetir na história da humanidade. Para Piovesan (2003, p. 33), “[...] a Declaração consolida a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal, a serem seguidos pelos Estados”.

A Declaração Universal de Direitos Humanos distingue-se das anteriores e tradicionais Cartas de direitos humanos dos séculos XVIII e XIX e começo do século XX, à medida que consagra não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>41</sup> Esses direitos foram regulamentados de forma pormenorizada, respectivamente, por dois Pactos Internacionais adotados pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.<sup>42</sup>

De interesse para o presente estudo, há também a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, reproduzindo a maior parte das declarações de direitos constantes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e, mais particularmente, o Protocolo à parte, contendo a declaração de direitos econômicos, sociais e culturais, que só veio a ser aprovado na Conferência Interamericana de São Salvador, em 17 de novembro de 1988.

Destarte, a segunda geração ou dimensão dos direitos humanos, que são os direitos sociais, culturais e econômicos e os direitos coletivos ou de coletividade, foram “[...] introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que

---

de Direitos Humanos, que exerceu suas funções até 2006, quando a Assembléia Geral criou, para substituí-lo, o Conselho de Direitos Humanos.

<sup>41</sup> No art. I da Declaração são proclamados os três princípios axiológicos fundamentais em matéria de direitos humanos: a liberdade, a igualdade e a fraternidade (solidariedade). Registre-se que o princípio da solidariedade está na base dos direitos econômicos e sociais, que a Declaração afirma nos arts. XXII a XXVI, referindo-se a exigências elementares de proteção às classes ou grupos sociais mais fracos ou necessitados. Merece destaque, ademais, que a Declaração proclama a democracia como único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos (arts. XXI e XXIX, alínea 2) e reconhece, no art. XXVIII, o primeiro e mais fundamental dos chamados direitos da humanidade, aquele que tem por objetivo a constituição de uma ordem internacional respeitadora da dignidade humana. Registra Piovesan (2004, p. 149) que “ao conjugar o valor da liberdade com o valor da igualdade, a Declaração demarca a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível.”

<sup>42</sup> Miranda (2000, p. 23) leciona que, sob a perspectiva do objetivo desses direitos, os direitos econômicos são para garantia da dignidade do trabalhador; os direitos sociais, para a segurança na necessidade e os direitos culturais, para o acesso à educação e à cultura.

germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX” (BONAVIDES, 2006, p. 564).

Nessa quadra da exposição, oportuno mencionar, com esopeque em Sarlet e Figueiredo (2008, p. 18-21), que a noção do mínimo existencial como um direito fundamental às condições materiais asseguradoras de uma vida com dignidade teve a sua mais importante elaboração dogmática e jurisprudencial na Alemanha, cuja repercussão foi a mais relevante no direito comparado, inobstante haja o reconhecimento de poucos direitos sociais na Lei Fundamental da Alemanha de 1949 - LF, como a proteção da maternidade e dos filhos.

Otto Bachof foi o primeiro jurista alemão de renome a reconhecer, em 1954, que o princípio da dignidade da pessoa humana, inscrito no art. 1º da LF, reclama a garantia da liberdade e de um mínimo de segurança social. O Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, um ano após, reconheceu “[...] um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida”.

Em 1974, o Tribunal Constitucional Federal daquele país acabou por reconhecer “[...] um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna”, integrante das obrigações essenciais de um Estado Social.

Dessarte, tanto na Alemanha e, de modo geral, nos países que compõem a União Européia, o mínimo existencial passou a corresponder às exigências constitucionais do princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciadas na proteção e promoção da assistência social, respeitando-se os condicionamentos de tempo e lugar e do padrão socioeconômico vigente. Demais disso, a garantia efetiva de uma existência digna deveria abranger mais do que a sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta.

Salta aos olhos pelo exposto que, quando se objetiva traçar uma noção geral dos direitos sociais sob uma perspectiva funcional, no sentido de se referirem a prestações positivas, cuja finalidade é a melhoria de condições de vida dos economicamente hipossuficientes, para a concretização da igualdade social, percebe-se a sua estreita correspondência com o direito ao mínimo existencial. Este último, do mesmo modo, busca o agasalhamento estatal aos hipossuficientes por meio da distribuição a mais igualitária possível dos bens sociais, mediante a adoção de políticas públicas direcionadas a fins específicos, respeitando-se a realidade de escassez de recursos públicos.<sup>43</sup> Por conseguinte, não se pode

---

<sup>43</sup> Pelo menos, este representa o enfoque positivo do mínimo existencial, configurado pela prestação material a ser efetivada por parte do Estado, que é o recorte adotado por este estudo. Entretanto, é mister esclarecer que

negar a íntima correlação existente entre o direito ao mínimo existencial, sob o enfoque de um direito positivo a prestações, que é o objeto do presente estudo, e a dimensão positiva dos direitos sociais e do princípio da dignidade humana, inclusive compreendendo este princípio como fundamentador dos direitos sociais.

Demais disso, observa-se que a dimensão prestacional<sup>44</sup> dos direitos sociais ou do mínimo existencial, ao contrário dos clássicos direitos e garantias individuais, tem por objeto não uma abstenção, mas uma atividade positiva e material do Estado, pois o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e aos outros do mesmo gênero apenas se realizam por meio de políticas públicas, isto é, programas de ação governamental (COMPARATO, 2007, p. 111; 194).

Impende ressaltar, todavia, que as políticas públicas e os programas de ação governamental representam apenas um dos lados da mesma moeda, cujo denominador comum é a efetivação dos direitos sociais, por meio da atuação positiva do Estado, pois eles constituem a fase prévia e necessária do planejamento estatal, dado que a fase da execução ou implementação desses direitos dá-se mediante, sobretudo, a prestação efetiva dos serviços públicos, mas também pelo fornecimento de bens públicos de caráter vital. Tal ordem lógica de eventos, que tem por objetivo último a efetivação dos direitos prestacionais, coaduna-se com a exigência constitucional (CF, arts. 165 e 167, incisos I e V e § 1º) de que todo gasto público deve ser precedido de uma autorização legislativa, que consiste na aprovação das leis orçamentárias (Lei do Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei do Orçamento Anual). Releva destacar, nesse passo, o pensamento de Grotti (2003, p. 375-376), para quem “[...] a prestação dos serviços públicos se reveste de grande importância, sobretudo porque impõe ao Poder Público uma exigência de atendimento das necessidades básicas da vida social, ligadas, inclusive, a direitos sociais assegurados na Constituição”.

Igualmente digna de nota é a observação de Krell (2006, p. 249) em relação aos direitos sociais, no sentido de que estes “[...] não são direitos contra o Estado (de defesa), mas sim direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais, a serem

---

também existe um enfoque negativo (defensivo) em relação ao mínimo existencial, consistente em uma omissão do poder público visando à não-afetação da esfera vital do indivíduo, como, por exemplo, a não-cobrança de tributos dos pobres e miseráveis. Neste último sentido, diz-se de um limite à ingerência estatal na esfera existencial do indivíduo e, mais especificamente, constituindo-se em um limite material ao poder de tributar do Estado.

<sup>44</sup> O conceito de direitos sociais não se restringe à dimensão prestacional, abrangendo o que se denomina liberdades sociais (v.g., direito de greve, liberdade sindical), que podem ser reconduzidas ao direito de defesa. Assim, conclui-se que os direitos sociais não são exclusivamente prestacionais. Entretanto, pode-se identificar os direitos a prestações em sentido estrito, conforme classificação proposta por Alexy e que consta do Capítulo II, com os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional (SARLET, 2007, p. 231).

concretizadas através de leis parlamentares, atos administrativos e da instituição real de serviços públicos.”

Ademais, é imperioso destacar que a atividade da Administração Pública, desde a fase de planejamento das ações até a sua efetiva implementação, deve estar constantemente permeada pela preocupação não só com a legalidade, a legitimidade ou a economicidade, mas sobretudo com a eficiência, cujo princípio encontra-se insculpido no *caput* do art. 37 da CF.

Em suma, pode afirmar-se que para a concretização das prestações estatais é necessária a observância, de um lado, da fase de planejamento consistente no estabelecimento de políticas públicas ou programas de ação governamental, com os respectivos gastos previstos nas leis orçamentárias, e, de outro, da fase de execução representada pela correspondente prestação do serviço público<sup>45</sup> ou entrega de bens públicos, as quais devem estar sempre permeadas pelo princípio da eficiência. Não se pode olvidar que aludidas fases são consubstanciadoras da função redistributiva do Estado pela via tributária, eis que são os recursos provenientes notadamente dos tributos que custeiam as despesas públicas. Com efeito, constata-se que no âmbito dos direitos prestacionais mínimos há uma exigência de que o Estado crie reais condições que possibilitem aos membros de uma determinada comunidade a plena satisfação das necessidades essenciais básicas.

### 1.2.1 Direitos à dignidade social: concepções da igreja católica

Em abalizado escólio, Bielefeldt (2000, p. 14) esclarece que “[...] até as primeiras décadas do século XX, as igrejas cristãs da Europa (diferentemente das norte-americanas) mostravam-se céticas em relação aos direitos [humanos], pois, com freqüência, associavam-os a radicalismo jacobino e anticlerical ou, até mesmo, a ideologias anti-religiosas”. Em uma série de documentos papais, culminando com o *Syllabus Errorum* de Pio IX, de 1824, os direitos humanos eram repudiados como expressão do liberalismo moderno, o qual ia de

---

<sup>45</sup> Aragão (2006, p. 9) entende que as hipóteses de o cidadão ter o direito – não apenas um legítimo interesse – à prestação de determinado serviço público não se limitam somente aos casos em que o mínimo existencial de direitos fundamentais estiver ameaçado, mas também quando: a) as normas do serviço (legais, regulamentares ou integrantes do contrato de concessão ou respectivo edital de licitação) previrem a prestação do serviço público sob determinadas condições e o particular mesmo atendendo a todas elas, não consegue obter o serviço voluntariamente da prestadora; b) por força do princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), a prestação do serviço público a pessoa que, de acordo com os critérios legítimos para eventuais distinções, se encontra em situação idêntica à do cidadão postergado. Esse entendimento do autor reforça o direito do indivíduo à prestação de serviço público essencial pelo Estado, quando houver envolvimento do mínimo existencial.

encontro aos dogmas religiosos embasados na prevalência dos interesses coletivos e do bem comum.

Assim, ao mesmo tempo em que a igreja católica mostrava-se totalmente cética em relação aos direitos humanos de primeira dimensão, cuja justificação se amparava no liberalismo de cunho individualista, ela contribuiu de forma marcante para a construção dos direitos sociais a partir dos primeiros decênios do século XIX, ante o problema social da classe operária aviltada pela força da revolução industrial e do capital e pelo absentéismo do Estado que se mantinha sob a influência do *laissez-faire*. Inclusive, Lepargneur (1977, p. 74) destaca que somente em meados do século XX a igreja constatou que “[...] o maior inimigo da fé cristã não vem mais do lado dos defensores das liberdades e de seus possíveis abusos, mas do lado dos totalitarismos que negam as liberdades e desprezam os direitos individuais”.

Demais disso, ressalta Lima que, consoante o seu articulado *a história dos direitos sociais*, no início do século XIX aparecem no cenário internacional grandes figuras católicas que procuraram repensar as novas situações à luz do Evangelho, aplicando os princípios da tradição religiosa cristã para a elaboração de uma nova disciplina denominada *Doutrina Social da Igreja*.<sup>46</sup> Dessa forma, é pavimentado o terreno para o aparecimento da primeira encíclica papal<sup>47</sup> sobre a questão operária.

Logo – com fulcro em Tosi (1999) –, a última etapa concernente à corrente de pensamento sobre a formação doutrinária dos direitos humanos refere-se ao cristianismo social, cuja natureza se inspira no ideal que avança em relação à fraternidade para atingir a solidariedade. Com efeito, a encíclica de Leão XIII, *Rerum Novarum* (Das Coisas Novas) de 1891, colheu os frutos dos intensos estudos de pensadores católicos que, no decorrer do século XIX, lutaram pela justiça social. Esse documento papal trouxe o esboço do moderno instituto de previdência social. Preconizou, ainda, os deveres do Estado em relação à matéria econômica e à trabalhista, tutelando os direitos da classe operária, inclusive, quanto à necessidade do salário justo capaz de lhe garantir condições dignas de vida e adequada

---

<sup>46</sup>De acordo com o Compêndio da Doutrina Social da Igreja, elaborado a pedido do Papa João Paulo II, é estabelecido: a) Princípio fundante: a dignidade da pessoa humana; b) outros princípios: o bem comum, a destinação universal dos bens, a subsidiariedade, a participação e a solidariedade; c) valores fundamentais da vida social: a verdade, a liberdade, a justiça e a caridade (ou o amor); d) temas centrais: a família, o trabalho, a vida econômica, a comunidade política, a comunidade internacional, a salvaguarda do ambiente e a promoção da paz (DOTTI). Acrescente-se, de forma sintética, que o socialismo cristão recusa a luta de classes, promove a colaboração entre patrões e trabalhadores e prega a aplicação da doutrina cristã e a intervenção do Estado para corrigir os males criados pela industrialização, promovendo uma maior justiça social e uma distribuição mais equitativa da riqueza produzida. Opõe-se ao socialismo de Proudhon e, mais tarde, ao marxismo ou socialismo científico, bem como ao capitalismo.

<sup>47</sup>As encíclicas são cartas nas quais o Papa, Sumo Pontífice da Igreja Católica, estabelece posicionamentos sobre temas específicos, fixando os princípios a serem seguidos pela Igreja. Os textos das encíclicas papais foram consultados no *site* do Vaticano (Santa Sé).

subsistência de sua família, influenciando o nascedouro da legislação trabalhista em quase todos os países do mundo.

Na encíclica *Quadragesimo Anno*, de 1931, Pio XI pretendeu comemorar o 40º aniversário da *Rerum Novarum*, atualizando-a. Elabora um balanço da questão social, verificando que, embora muitas conquistas tivessem sido alcançadas, ainda havia problemas a serem resolvidos. Condena as formas ditatoriais do capitalismo e do socialismo de natureza materialista, conclamando a renovação moral, como condição básica para o restabelecimento da ordem social.

Na *Mater et Magistra* (Mãe e Mestre), de 1961, João XXIII encara a questão social sob o prisma da época de sua elaboração, em que a reconstrução da economia no âmbito nacional e internacional, no pós-Segunda Guerra, havia resultado em grandes desníveis de desenvolvimento entre as nações. De seu turno, o referido Papa, na encíclica *Pacem in Terris* (Paz na Terra), de 1963, analisa os perigos de uma nova guerra nuclear, invocando os povos à paz. Impende registrar que, somente após a metade do século XX, representando o ano de 1945 um marco significativo em relação à afirmação dos direitos humanos, tanto por influência da referida encíclica papal quanto da declaração do Concílio Vaticano II intitulada *Dignitatis humanae*, de 1965, ocorreu, por parte da igreja católica, o reconhecimento definitivo dos direitos humanos, especialmente da liberdade religiosa. No fim do século, os direitos humanos alcançaram a própria essência da pregação cristã.

Paulo VI, no documento papal *Populorum Progressio* (o Desenvolvimento dos Povos), de 1967, considera o homem e os povos como entidades destinadas a viver em comunhão fraterna, a crescer, a realizar-se, diferentemente das anteriores, que versavam sobre a desigualdade entre as classes em cada povo. Destaca, de outra parte, a importância da educação de base para o desenvolvimento social. Já no documento pontifício *Octogesima Adveniens* (Aproximando-se o Octogésimo) de 1971, o aludido prócer da igreja católica comemora o 80º aniversário da *Rerum Novarum*. Nele faz-se um balanço dos problemas sociais. Aos problemas relacionados ao trabalhador acrescenta-se o tema da urbanização, com as decorrentes questões das aglomerações urbanas, onde as condições de vida moral e material revelam-se extremamente precárias. Trata também da justiça e da paz no mundo.

Por sua vez, João Paulo II, em 1981, abordou na *Laborem Exercens* (Exercendo o Trabalho) o trabalho humano, sob o ponto de vista ético, considerando as suas mais diversas facetas no mundo contemporâneo, com realce para o trabalho como expressão da grandeza e da dignidade da pessoa humana. Vinte anos depois de promulgada a encíclica *Populorum Progressio* de Paulo VI e dada a sua relevância, o Sumo Pontífice João Paulo II quis retomar

as suas grandes linhas e fazê-las presentes, por meio da *Sollicitudo Rei Socialis* (A Solicitude ou o Cuidado da Coisa Social), de 1987. Realiza um prognóstico do panorama do mundo contemporâneo, ressaltando o fosso permanente, e muitas vezes crescente, entre o Norte desenvolvido e o Sul do globo em vias de desenvolvimento, apesar de ser precisamente no hemisfério sul onde vive a maior parte do gênero humano. Destaca aspectos positivos desse prognóstico como a crescente consciência da dignidade da própria pessoa humana; existência de natural solidariedade entre os homens; anseio humanista pela paz; preocupação ecológica etc. Já a encíclica papal *Centesimus Annus* (Centésimo Ano), de 1991, também subscrita por João Paulo II, comemora o centenário da *Rerum Novarum*. Trata do passado (das coisas novas do fim do século XIX), do presente (das coisas novas do fim do século XX) e do futuro (das coisas novas do terceiro milênio). Em relação ao passado, refere-se à questão operária mencionada pela *Rerum Novarum*. Relativamente ao presente, foca-se na análise da queda do socialismo no centro-leste europeu e da eclosão das guerras mundiais, ambos os eventos reputados como de raiz ateísta. Das coisas novas do terceiro milênio, cuida da crítica ao progresso científico e tecnológico, que devendo contribuir para o bem-estar do homem, transforma-se, na realidade, em um instrumento de guerra.

Por fim, merece menção o fato de que o atual Papa Bento XVI editou duas encíclicas; a primeira, em 2005, denominada *Deus Caritas Est* (Deus é Amor) e, a segunda, em 2007, *Spe Salvi* (Salvos pela Esperança). De forma sucinta, informa-se que a primeira encíclica trata do amor divino, no sentido de que “[...] no seio da comunidade dos crentes não deve haver uma forma de pobreza tal que sejam negados a alguém os bens necessários para uma vida condigna”. Destaca, ainda, que – conforme a doutrina cristã sobre o Estado – cabe a esse a prossecução da justiça, considerando que a finalidade de uma justa ordem social é garantir a cada um, no respeito ao princípio da solidariedade, a própria parte nos bens comuns. Já a última encíclica refere-se, em essência, à esperança que provém da fé como uma força transformadora e que sustenta a existência humana.

Pelo exposto, verifica-se a influência marcante da igreja católica no surgimento e fortalecimento dos direitos sociais – mediante, sobretudo a prática do cristianismo social –, bem como em seu esforço contínuo ao longo da história para o recrudescimento da salvaguarda da dignidade da pessoa humana, inclusive considerada como um princípio fundante do dogma cristão. Nesse contexto, há que se reconhecer como relevante o papel desempenhado pelo cristianismo no que concerne à compreensão e à proteção do mínimo existencial.

### 1.2.2 Do constitucionalismo moderno ao neoconstitucionalismo

Em que pese para Canotilho (2003, p. 51) não existir, em termos rigorosos, um constitucionalismo moderno,<sup>48</sup> mas vários (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano e o constitucionalismo francês) e que prefere denominar de “movimentos constitucionais”, para ele “[...] o constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estrutural da organização político-social de uma comunidade”.

Grosso modo, infere-se que o constitucionalismo caracteriza-se pela organização do Estado e pela limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais, encontrando-se em consonância com o postulado do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo o qual “[...] não tem constituição a sociedade onde não é assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes”. Miranda (2000, p. 77), de seu turno, define o constitucionalismo moderno, de matriz ocidental, como “[...] a história da aquisição de direitos fundamentais. É a história da conquista de direitos – depois de séculos de absolutismo e, no século XX, em contraste com regimes políticos totalitários de várias tendências”.

Por sua vez, por constituição moderna, que se origina do constitucionalismo moderno e tomada em seu conceito ideal, porquanto não corresponde a nenhum dos modelos históricos de constitucionalismo, entende-se “[...] a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” (CANOTILHO, 2003, p. 52). Para Ferreira Filho (2003, p. 280), o reconhecimento solene dos direitos humanos pelas Declarações representou o pacto social, e a Constituição, o pacto político destinado a assegurá-los.

Nesse passo, pertinente é mencionar o poder constituinte como uma das categorias mais importantes do constitucionalismo moderno. É ele entendido como “[...] soberania constituinte do povo, ou seja, o poder de o povo através de um ato constituinte criar uma lei superior juridicamente ordenadora da ordem política”(CANOTILHO, 2003, p. 72).<sup>49</sup> É, em suma, o criador, cuja criatura é a Constituição.

<sup>48</sup>Para Canotilho (2003, p. 52), na acepção histórico-descritiva, “[...] fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de um nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.” Lembrando-se, por oportuno, que os principais teóricos do constitucionalismo foram Montesquieu, Rousseau e Locke.

<sup>49</sup>Canotilho (2003, p. 75), com respaldo em Peter Häberle, concebe o “povo”, nas democracias atuais, como uma “grandeza pluralística”, ou seja, “como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de

Além do exposto, ao cuidar do constitucionalismo, não há como furtar de reportar ao Estado Constitucional, dado que a partir do século XIX, a Constituição passou a ter como referente o Estado e não mais a sociedade, fato este relacionado, sobretudo com a progressiva estruturação do Estado Liberal cada vez mais assente na separação Estado-Sociedade. Na verdade, o Estado somente se concebe atualmente como Estado Constitucional, cujas grandes características são o Estado de Direito (limitação do poder político através do império do direito) e o Estado Democrático (legitimação do poder político através da soberania popular).

De forma sintética, diz-se que no Estado de direito concebe-se uma “liberdade negativa” de índole liberal que “curva o poder”. Já no Estado democrático concebe-se uma “liberdade positiva” de índole democrática que “legitima o poder” (CANOTILHO, 2003, p. 87-100). Acompanhando as duas grandes características ou *qualidades* do Estado Constitucional, a Constituição brasileira de 1988, em seu art. 1º dispõe: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito* [...]” (grifou-se). Faz-se mister acrescentar que, se o modelo de Estado de Direito (ou Estado legal de Direito) gravitava em torno da idéia de império da lei, o modelo do Estado Constitucional de Direito gravita em torno do caráter normativo da Constituição, considerada como norma jurídica (AGUILÓ *apud* MOREIRA, 2008, p. 182).

Impende destacar que no auge do constitucionalismo, no final do século XIX e início do século XX, objetivando a superação das incertezas jurídicas provocadas pelas idéias consubstanciadoras do Direito Natural, emerge a metodologia positivista do direito, cujo idealizador foi Hans Kelsen, em que a Constituição, considerada como força matriz ou norma fundamental, passa a ocupar o vértice do ordenamento jurídico. Com a crise do direito pós-Segunda Guerra, marcada pela sua incapacidade em realizar a paz e organizar as sociedades – apesar de não ter prejudicado o avanço de importantes teorias em matéria constitucional, entre elas a tópica, a argumentação jurídica e a hermenêutica constitucional, influenciado pelas Constituições da Alemanha de 1949 (Lei Fundamental de Bonn) e a da Itália de 1956 –, a teoria positivista sofre forte abalo e graves oposições, fomentando o ressurgimento das teorias de fundamento crítico-marxista.

No período da Guerra Fria, em um ambiente dicotomizado pelo ideário capitalista capitaneado pelos Estados Unidos, de um lado, e o socialista, defendido pela extinta União das Repúblicas Soviéticas, de outro, surge a Constituição brasileira de 1988, fazendo opções

---

‘opiniões’, ‘vontades’, ‘correntes’ ou ‘sensibilidades’ políticas nos momentos preconstituíntes e nos procedimentos constituíntes”.

pela “[...] democracia, pelo capitalismo, pelo intervencionismo atenuado na economia, pela preocupação com o social e pelos objetivos e metas que impõe a uma sociedade em transformação”. No período de 1945-1990, cujo marco foi a afirmação histórica dos direitos humanos, “[...] toda a metodologia formal do constitucionalismo se expandiu, até conceber uma revolução material a partir dos direitos fundamentais com forte carga axiológica”. Com a queda do muro de Berlim (1989), juntamente com o comunismo, “[...] permitiu-se uma visão menos politizada e mais racional em torno do direito”, viabilizando-se, assim, um projeto mundial de uniformização das Constituições. Especificamente no Brasil pós-1990, “[...] a Constituição ganha força expansiva, invasora, em todos os campos jurídicos, forçando uma compatibilização, uma modernização, a ponto do debate se centralizar no que é constitucional ou inconstitucional” (MOREIRA, 2008, p. 24-27).

A partir dessa *força invasora* da Constituição, levando ao fenômeno da constitucionalização do direito é que, atualmente, pode asseverar-se que toda interpretação jurídica é interpretação constitucional. Para Moreira (2008, p. 29), “[...] o neoconstitucionalismo presta-se a Constituições avançadas, melhor dizendo, a Constituições democráticas de países que alcançaram ou estão em busca de se transformar, objetivando a efetividade constitucional”.<sup>50</sup>

Dessa feita, Sarmiento (2009, p. 2) relaciona o surgimento do neoconstitucionalismo com as mutações da cultura jurídica ocorridas a partir da Segunda Guerra Mundial na Europa Ocidental,<sup>51</sup> reproduzindo-se com nuances próprias, posteriormente, em países do Terceiro Mundo, incluindo-se o Brasil. Até então, havia prevalecido no velho continente uma cultura jurídica que considerava a lei como fonte principal e quase exclusiva do direito e não atribuía força normativa às Constituições,<sup>52</sup> as

<sup>50</sup>No campo jurídico, sintetiza muito bem essa idéia de valorização da efetividade das normas constitucionais – não mais compreendidas como expressões simbólicas do pacto político, mas como prescrições dotadas de força vinculante sobre a conduta dos indivíduos e do Estado – a conferência proferida por Konrad Hesse, juiz do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, cujo título é *A força normativa da Constituição* (1991).

<sup>51</sup>Duarte (2006, p. 15) adverte que embora o neoconstitucionalismo tenha raízes como um todo na cultura jurídica européia, o primeiro trabalho que afirmava a intrínseca incompatibilidade entre juspositivismo e constitucionalismo pode ser encontrado no artigo *Positivismo giuridico e costituzionalismo* em *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, de 1963, de autoria do constitucionalista italiano Nicola Matteucci.

<sup>52</sup>Para Duarte (2006, p. 16-20), as origens do neoconstitucionalismo são fixadas após a Primeira Guerra Mundial, fazendo surgir um sentimento de desconfiança no Estado de Direito Legislativo que, conformado nos postulados da neutralidade e da formalidade da lei geral e abstrata, foi considerado incapaz de dar respostas satisfatórias às questões sociais que exigiam a ampliação das funções estatais. Nesse contexto, a Constituição de Weimar, ao albergar os direitos sociais, representou uma reconciliação entre Estado e sociedade, por meio de um modelo de Estado social que conferia supremacia normativa ao texto constitucional. Sumariza o autor esta temática: “a ampliação do conceito normativo de Constituição operada pelo constitucionalismo social alicerçado desde a Constituição de Weimar fez com que a proposta metodológico-jurídica do pensamento liberal sofresse um processo de desontologização caracterizado pela abertura das categorias de juridicidade,

quais “[...] eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocadas perante o Judiciário, na defesa de direitos”.

Diante das barbáries perpetradas pelo Nazismo na Alemanha e legitimadas pelas maiorias políticas, houve a percepção de que, para evitá-las no futuro, as Constituições deveriam instituir mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, mesmo em face do legislador, fortalecendo, assim, a jurisdição constitucional.

Passaram, dessa forma, as Constituições a afirmarem-se mediante documentos repletos de normas dos mais diversos matizes e temas, todas impregnadas de elevado teor axiológico, incluindo-se, ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, direitos sociais de natureza prestacional, originando o fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica, corroborado pela interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário. Para Duarte (2006, p. 16), “[...] a difusão de constituições longas e densas e a extensão do modelo democrático têm estimulado uma reflexão mais concentrada acerca da normatividade do direito e das razões de sua legitimidade.”

Como a expressiva maioria das normas constantes desses textos constitucionais revela-se como de natureza principiológica, diferentemente das Constituições anteriores plasmadas basicamente por meio de regras, a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário passou a exigir a adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado do tradicional método subsuntivo. O pluralismo axiológico destas Constituições acarretou tensões entre princípios constitucionais colidentes, para cuja solução na esfera judicial foram desenvolvidas técnicas de ponderação e utilizado o princípio da proporcionalidade, em que “[...] a busca de legitimidade para estas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica”, incorporando elementos como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico, desprezados pelo positivismo clássico (SARMENTO, 2009, p. 2).

Duarte (2006, p. 58), ao tratar da constitucionalização do direito, manifesta-se da seguinte maneira, *in verbis*:

A incorporação dos conteúdos do direito racional moderno (direitos fundamentais, princípio da democracia, Estado de direito e Estado social) às atuais constituições ocidentais provocará uma abertura da discussão jurídica no âmbito dos postulados da correção moral, exigir-se-á, desde aí, uma atitude de redefinição da tarefa

---

previamente constituídas por paradigmas internos à ciência jurídica, à efetivação de um quadro de valores externos que interpreta o tecido social”. Buscando conciliar os pensamentos de Duarte e Sarmento, pode dizer-se que as origens do neoconstitucionalismo datam do pós-Primeira Guerra Mundial. Contudo, os fatores que exerceram influência no seu nascedouro sofreram um recrudescimento com o advento do Segundo Conflito Mundial.

metodológico-jurídica, que, agora, precisará desenvolver um procedimento embasado na efetivação daqueles conteúdos.

Nesse contexto, o Poder Judiciário intensifica muito a sua importância política no Estado contemporâneo, eis que as questões polêmicas e relevantes para a sociedade passam a ser resolvidas pelos magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais. Observa-se, com efeito, que as mudanças operadas nas constituições por força das transformações socioeconômicas provocaram mudanças no Direito.

No Brasil, o neoconstitucionalismo somente foi sentido a partir da Constituição de 1988,<sup>53</sup> haja vista que, até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas. Destaca Sarmiento (2009, p. 5-6) que, “[...] até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei”. E acrescenta: “[...] as constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria”. Ressalta o autor, ainda, o importante papel da doutrina brasileira na mudança do paradigma do Direito Constitucional,<sup>54</sup> dividindo-o em dois momentos distintos: o constitucionalismo brasileiro da efetividade e o pós-positivismo constitucional. O primeiro movimento, capitaneado pelos juristas Luis Roberto Barroso<sup>55</sup> e Clèmerson Merlin Clève,<sup>56</sup> defende a possibilidade de um uso emancipatório da dogmática, tendo como eixo central a concretização da Constituição, por meio do Poder Judiciário. O segundo movimento, dirigido pelos juristas Paulo Bonavides<sup>57</sup> e Eros Roberto Grau,<sup>58</sup> que divulgaram a teoria dos princípios de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, fomentando as discussões sobre a ponderação de interesses, o princípio da proporcionalidade e a eficácia dos direitos fundamentais.

Merecem realce, também, a partir de meados da década de 90, estudos que buscavam o amalgamento entre Direito, Moral e Política. “Nesta nova fase, a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, e a estudar as peculiaridades da sua aplicação”, passando, posteriormente, a discutir valores e

<sup>53</sup> Para maiores informações sobre a Constituição Federal de 1988, v. item 1.3.2.

<sup>54</sup> Atualmente, vários autores nacionais são adeptos explícitos do neoconstitucionalismo, como Barroso e Barcellos (2006), Streck (2005, 2010), Maia (2010), Moreira (2008), Moreira Neto (2008a), Schier (1999) e Bustamante (2008). Outros adotam posturas críticas, como Vieira (2007), Dimoulis e Duarte (2008) e Ávila (2005).

<sup>55</sup> Cf. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

<sup>56</sup> Cf. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

<sup>57</sup> Cf. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

<sup>58</sup> Cf. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

a democracia, bem como a jurisdição constitucional, no âmbito da qual a argumentação jurídica assume função de relevo, abrindo espaço para as várias gradações do procedimentalismo e do substancialismo.<sup>59</sup> Pozzolo (2006, p. 79) destaca que a inserção dos valores nas Constituições e no Direito consolida “[...] a idéia de que um sistema político justo deve respeitar os direitos fundamentais”, transformando, destarte, a justiça em um dos elementos de validade do direito positivo, ou seja, o direito valerá se for justo; será obrigatório se for moralmente correto.<sup>60</sup>

Evidenciados os parâmetros gerais dessa nova teoria do direito, conhecida como neoconstitucionalismo, a qual se encontra mais detalhada no item 2.1, e dada a sua perfeita harmonização com a meta principal do presente estudo, que é a maximização da efetividade do mínimo existencial, todo o caminho a ser percorrido neste trabalho é feito à luz desse viés promissor, inovador e emancipador, uma vez que pretende conduzir para a maior concretização da Constituição Federal e, via de conseqüência, dos direitos fundamentais e do mínimo existencial.

---

<sup>59</sup> Tanto os procedimentalistas (Habermas, Luhmann e Ely) quanto os substancialistas (Dworkin, Alexy, Bonavides e Miranda) partem de um mesmo pressuposto: tratam de um modelo constitucional democrático. O desdobramento constitui-se, desse modo, de um lado, uma concepção formal ou procedimental de democracia, ambientada em um regime constitucional liberal (com foco na soberania popular e na supremacia da lei) e, de outro lado, uma concepção material ou substancial de democracia, fomentada por um regime constitucional social (com realce no sistema de direitos fundamentais diversificado, abrangente e expansivo, incorporando nas constituições valores morais, políticos e sociais). O *procedimentalismo*, o qual mais se adéqua ao positivismo jurídico, compreende como mínimo o papel das constituições no sistema jurídico (minimalismo constitucional positivista), consoante as lições de Kelsen, ficando reduzido à função macroestrutural e procedimental (regras de procedimento). Nesse sentido, o Direito encontra-se sob a égide da lei. Pode ser assim esquematizado: a) a constituição define os órgãos e os procedimentos públicos para a produção das leis; b) a constituição não tem a função de definir o conteúdo do Direito, que é competência exclusiva do estágio legislativo em um sistema jurídico dinâmico; c) excepcionalmente a constituição pode estabelecer conteúdos materiais que servem como limites negativos ao legislador, através dos direitos de liberdade; d) a constituição não é fonte direta de Direito ou de conteúdos jurídicos, mas a fonte das normas gerais das leis, produzidas por via legislativa ou consuetudinária. Sob esta perspectiva, a legitimidade da atuação judicial restringe-se em reforçar os canais de representação para garantir que os interesses de todos sejam considerados nos processos de decisão política, dando mais ênfase ao princípio democrático do que ao constitucionalismo. De seu turno, o *substancialismo*, que mais se harmoniza ao neoconstitucionalismo, confere um papel maximalista às constituições no sistema jurídico, o qual não mais se restringe a organizar o poder do Estado e a limitá-lo através do sistema de separação dos poderes e de um catálogo de liberdades públicas que garantem a autonomia privada dos indivíduos, mas assimilam também direitos sociais devidos pelo poder público e programas de ação política dirigidos a assegurar a realização dos valores constitucionais (regras de fundo). Sob este enfoque, a legitimidade da atuação judicial é qualitativamente ampliada para permitir a adoção de decisões substantivas, acerca de princípios e direitos substantivos constitucionalmente previstos, conferindo destaque ao constitucionalismo frente à democracia (MELLO, 2004, p. 25-100).

<sup>60</sup> “O modelo do Estado de Direito, através da neutralização das pretensões de justiça operada com o princípio da legalidade (as normas jurídicas eram caracterizadas não pela sua justiça intrínseca, mas pela adequação às metanormas sobre produção jurídica), de qualquer forma, favoreceu a separação entre Direito e Justiça, contribuindo para uma abordagem do tipo positivista. O modelo de Estado de Direito Constitucional, por outro lado, retoma esse vínculo e rejeita uma abordagem meramente descritiva, que não seria capaz de compreender as exigências internas de justiça substancial” (POZZOLO, 2006, p. 86).

### 1.2.3 Os tratados internacionais concernentes aos direitos prestacionais mínimos

Demonstrada em item precedente a íntima correlação existente entre o mínimo existencial e o princípio da dignidade humana e os direitos sociais, são aqui elencados os principais tratados internacionais<sup>61</sup> que apresentam pertinência com a temática referenciada e, via de consequência, com o mínimo existencial. Ademais, neste tópico são mencionados tão-somente os tratados internacionais concernentes ao mínimo existencial que foram ratificados pelo Brasil e que se encontram em plena vigência no sistema jurídico pátrio.<sup>62</sup> Dessa feita, em que pese existirem nos sistemas regionais europeu (Convenção Européia de Direitos Humanos, de 1950) e africano (Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, de 1981), cujos conteúdos estão relacionados com o presente tema, não são eles aqui colacionados por não terem sido recepcionados pelo ordenamento brasileiro.

Destaque-se que a estrutura normativa de proteção internacional dos direitos humanos, além dos instrumentos de proteção global, de que são exemplos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, abrange também os instrumentos de proteção regional, estes pertencentes aos sistemas europeu, africano e americano<sup>63</sup> (v.g., no sistema americano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos).<sup>64</sup> “Todos esses sistemas de proteção dos direitos humanos (o global e os regionais) devem ser entendidos como sendo coexistentes e complementares uns dos outros” (MAZZUOLI, 2007, p. 682).

Atualmente, já se encontram ratificados pelo Brasil, estando em plena vigência, praticamente todos os tratados internacionais sobre direitos humanos pertencentes ao sistema global de proteção (também conhecido como sistema das Nações Unidas). Entretanto, vale ressaltar que apenas o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)<sup>65</sup> interessa para o presente estudo, visto que suas normas tocam de perto ao conteúdo

<sup>61</sup>A expressão *tratados internacionais* é utilizada como termo genérico, incluindo-se as espécies acordos, convenções e demais atos normativos internacionais.

<sup>62</sup>A pesquisa sobre os textos dos tratados internacionais foi feita no *site* do Ministério das Relações Exteriores.

<sup>63</sup>Figueiredo (2008, p. 186) informa que novos sistemas regionais estão surgindo, como o árabe e o asiático.

<sup>64</sup>Oportuno, nesse passo, mencionar a informação prestada por Galindo (2002, p. 337) de que “a evolução do sistema internacional de Proteção dos Direitos Humanos evoluiu no sentido de privilegiar mecanismos regionais. Evidentemente que existem diversos mecanismos universais no seio da ONU e em virtude de determinados tratados internacionais de proteção. Todavia, os mecanismos de solução judiciária, atualmente, só existem em âmbito regional.”

<sup>65</sup>Adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Ratificado pelo Brasil, juntamente com o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991. Promulgado pelo Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Entrou em vigor no Brasil em 24 de abril de 1992.

do mínimo existencial. Já a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948),<sup>66</sup> a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986)<sup>67</sup> e a Declaração do Milênio das Nações Unidas (2000)<sup>68</sup> estão incluídas mercê da sua relação com o mínimo existencial, em que pese não serem consideradas como *tratados internacionais* e, portanto, não possuem suas normas força vinculante. Porém, no tocante à primeira declaração citada, há doutrinadores que defendem que tem ela força jurídica vinculante por integrar o direito costumeiro internacional e/ou os princípios gerais de direito (PIOVESAN, 2004, p. 153).

No que concerne aos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, faz-se mister trazer à luz, em relação ao Sistema Interamericano<sup>69</sup> de direitos humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)<sup>70</sup> e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988),<sup>71</sup> cujas normas têm pertinência com o mínimo existencial.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>72</sup> ampliou e aperfeiçoou o catálogo dos direitos constantes da Declaração de 1948, dispondo sobre vários direitos e as respectivas medidas assecuratórias. Cuida do direito fundamental de toda pessoa estar protegida contra a fome; da necessidade de melhoria das condições de vida e de implementação da educação primária obrigatória e gratuita para todos, propondo, até o máximo de recursos disponíveis e de forma progressiva, a adoção, notadamente de medidas legislativas, para o pleno exercício dos direitos reconhecidos.

<sup>66</sup> Aprovada e Proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

<sup>67</sup> Adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.

<sup>68</sup> Aprovada por 198 países na Cimeira do Milênio, realizada de 6 a 8 de setembro de 2000, em Nova Iorque. Destaque-se, por oportuno, que o Decreto n. 31 de outubro de 2003 instituiu Grupo Técnico para acompanhamento das Metas e Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.

<sup>69</sup> O sistema Interamericano consiste em dois regimes: um baseado na Convenção Americana e outro baseado na Carta da Organização dos Estados Americanos. Esta última representa o ato constitutivo da Organização dos Estados Americanos - OEA. Esta organização é o principal fórum multilateral do hemisfério para o fortalecimento da democracia, bem como para a promoção dos direitos humanos e para a discussão de problemas comuns, como pobreza, terrorismo, drogas e corrupção.

<sup>70</sup> Também conhecida como *Pacto de São José da Costa Rica*. Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992. Promulgada pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Entrou em vigor no Brasil em 25 de setembro de 1992.

<sup>71</sup> Também conhecido como *Protocolo de São Salvador*. Adotado pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em San Salvador, em 17 de novembro de 1988. Ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 56, de 19 de abril de 1995. Promulgado pelo Decreto n.3.321, de 30 de dezembro de 1999. Entrou em vigor no Brasil em 16 de novembro de 1999.

<sup>72</sup> O elemento comum em relação aos direitos nele declarados é a proteção das classes ou grupos sociais desfavorecidos, contra a dominação socioeconômica exercida pela minoria rica e poderosa. Ainda, a elevação do nível de vida e da qualidade de vida das populações carentes supõe, no mínimo, um programa conjugado de medidas governamentais no campo do trabalho, da saúde, da previdência social, da educação e da habitação popular (COMPARATO, 2007, p. 337-338).

De seu turno, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é pródiga na defesa e amparo dos direitos relacionados ao mínimo existencial. Além da igualdade de gênero, trata do direito à seguridade social, à educação, ao trabalho com uma justa e satisfatória remuneração que assegure ao trabalhador e à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana. Em seu Preâmbulo é proclamado:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

Muito pertinente é o destaque que confere ao padrão de vida a que todo o homem tem direito, “capaz de assegurar, a si e à sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice [...]” (art. XXV, item 1).

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento estabelece o desenvolvimento como um “processo econômico, social, cultural e político abrangente que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população [...] distribuição justa dos benefícios daí resultantes” e onde “todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados” (art. 1º, § 1º). Proativamente, estatui sobre o dever dos Estados em formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, prevendo, se necessário, reformas econômicas e sociais capazes de erradicar todas as injustiças sociais, assegurando, ainda, “igualdade de oportunidade para todos, no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa de renda” (art. 8º, § 1º). Declara, de forma meritória, que:

Todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; atenção igual e consideração urgente devem ser dadas à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. (Art. 6º, § 2º).

Por sua vez, a Declaração do Milênio das Nações Unidas, proclamada pelos Chefes de Estado e de Governo, reunidos na sede da ONU, afirma a importância em consagrar como valores fundamentais, essenciais para as relações internacionais do século XXI, a liberdade, a igualdade, a solidariedade, a tolerância, o respeito pela natureza, a responsabilidade comum no tocante ao respeito e à defesa dos princípios da dignidade humana, em especial, em relação aos mais desfavorecidos e, em particular, às crianças do mundo, “a quem pertence o futuro” (I, n. 2), bem como de promover a democracia e de

fortalecer o Estado de direito, buscando-se a “plena proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todas as pessoas, em todos os países” (V, n. 25).

Respeitante à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), releva destacar-se que, além da existência do princípio da igualdade perante a lei (art. 24), é previsto o direito ao desenvolvimento, inserido no Capítulo III “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, consistente no alcance progressivo da “plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos” (art. 26). Diante disso, “[...] a Convenção Americana não enuncia de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico, limitando-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e outras que se mostrem apropriadas” (PIOVESAN, 2006, p. 88). Ademais, a apontada Convenção dispõe sobre a proteção judicial (art. 25) e os meios de proteção dos direitos assegurados, estabelecendo um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia mediante os seguintes órgãos: Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No que concerne ao Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), os Estados-Partes se comprometem, conforme se observa pelo seu Preâmbulo, essencialmente a, *ipsis litteris*:

Considerando a estreita correlação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, como o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros.

O Protocolo Adicional a par de tratar de medidas assecuratórias dos direitos afirmados, como o compromisso dos Estados em adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições do citado documento, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos, expõe acerca dos direitos ao trabalho, à previdência social, à saúde, a viver em um ambiente sadio, a contar com os serviços públicos básicos, à nutrição adequada e à educação.

Ante o exposto, para dar maior clareza à matéria tratada neste item, podem ser esquematizados, no âmbito dos Sistemas Global e Regional de direitos humanos, os seguintes

instrumentos internacionais adotados pelo Brasil que possuem pertinência com o mínimo existencial:

Tabela 1.1: Sistema Global de Direitos Humanos

Instrumento Internacional	Data	Promulgação	
		Decreto	Data
Declaração Universal dos Direitos Humanos	10/12/1948	- x -	- x -
Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	19/12/1966	591	06/07/1992
Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento	4/12/1986	- x -	- x -
Declaração do Milênio das Nações Unidas	6/09/2000	- x -	- x -

Fonte: Ministério das Relações Exteriores – 2009.

Tabela 1.2: Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos

Instrumento Internacional	Data	Promulgação	
		Decreto	Data
Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de São José da Costa Rica”)	22/11/1969	678	06/11/1992
Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de São Salvador”)	17/11/1988	3.321	30/12/1999

Fonte: Ministério das Relações Exteriores – 2009.

### 1.2.3.1 Análise crítica dos tratados internacionais

Pelo estudo dos instrumentos internacionais mencionados no item precedente, pode-se, sucintamente, concluir que eles tratam acerca de alguns temas preponderantes e recorrentes, dos quais se permite, basicamente, a seguinte leitura: eles buscam a proteção da dignidade humana, fundada no princípio da igualdade que deve vigorar entre as pessoas (não se admitindo qualquer forma de discriminação), por meio da distribuição equitativa e solidária da riqueza que seja suficientemente hábil para promover melhores condições gerais de vida, com o incremento do bem-estar e do padrão ou nível de vida de toda a população. A promoção de melhores condições de vida tem por escopo, de conseqüência, o desenvolvimento com justiça social, em uma sociedade democrática onde prepondere um ambiente de ampla liberdade.

Em outros termos, pode asseverar-se que os documentos referidos encontram o seu fundamento de validade na dignidade e na igualdade do ser humano e que, por meio de uma melhor distribuição da riqueza, sejam viabilizadas, em um ambiente de ampla liberdade, melhores condições de vida com justiça social.

Demais disso, infere-se que os fins propostos pelos aludidos atos internacionais deverão ser alcançados de forma progressiva e até o máximo de recursos disponíveis, permitindo-se, para tanto, a adoção de todos os meios necessários, inclusive, de medidas legislativas.

Cançado Trindade (2003, p. 487) destaca os relevantes esforços que vêm sendo adotados, neste início do século XXI, para tornar mais eficazes os direitos econômicos, sociais e culturais. Com a colaboração das instituições públicas, da sociedade civil e sobretudo dos jusinternacionalistas, acredita o autor que a esses direitos será assegurada “[...] a mesma proteção de que hoje desfrutam os direitos civis e políticos, condizente com a tese da indivisibilidade de todos os direitos humanos.”

Nessa senda, merece especial realce o conteúdo do Protocolo de São Salvador, na parte em que estatui que as diferentes categorias de direitos civis e políticos, de um lado e, econômicos, sociais e culturais, de outro lado, constituem um “[...] todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade humana”. No mesmo diapasão, defendendo a indivisibilidade dos direitos humanos, encontram-se a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento e a Declaração do Milênio das Nações Unidas.

Nada ocioso observar, por fim, que o reconhecimento internacional da tese da indivisibilidade de todos os direitos humanos, com certeza exercerá influência decisiva sobre

as ordens jurídicas nacionais, contribuindo para conferir maior efetividade aos direitos sociais e, via de consequência, ao mínimo existencial.

### 1.2.3.2 O impacto dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica

A presente temática correlaciona-se de forma clara e frontal com o Direito Internacional dos Direitos Humanos,<sup>73</sup> o qual é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e que a comunidade internacional, caso esses direitos não sejam devidamente protegidos ou respeitados, pode levantar-se contra a nação violadora da aludida obrigação. Ressalte-se que somente a partir de 1945, com as violações maciças de direitos humanos pelo nazismo, é que surgiu a noção de que os direitos humanos constituem objeto próprio de uma regulação internacional. Consoante ressalta Galindo (2002, p. 2), “[...] a Proteção Internacional dos Direitos Humanos tem-se mostrado, especialmente após o fim da Guerra Fria, um dos caminhos mais viáveis para se alcançar justiça social em âmbito global”.

Piovesan (2004, p. 36), citando Eibe H. Riedel, esclarece que o sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui uma garantia adicional e subsidiária de proteção, em que o aparato internacional somente será invocado se as instituições nacionais se mostrarem falhas ou omissas, bem como serve de parâmetro protetivo mínimo a ser observado pelos Estados, mormente no que concerne à defesa da dignidade humana, favorecendo avanços e evitando retrocessos no sistema nacional de direitos humanos.

Vale dizer que o sistema internacional de proteção dos direitos humanos exerce influência preponderante sobre o sistema nacional, não sendo menos certo asseverar que o Brasil, a partir da metade do século XX, tem ratificado de forma cada vez mais intensa inúmeros tratados internacionais globais e regionais protetivos dos direitos da pessoa humana, notadamente após a transição democrática brasileira institucionalizada com a Carta de 1988, inclusive conforme pode notar-se pela citação de alguns deles em tópico precedente. Nesse contexto, conclui a jurista que os tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, além de endossarem a concepção universal desses direitos, acarretam aos Estados que os ratificam obrigações nos planos interno e internacional. Complementa a autora que

---

<sup>73</sup>“O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades”(CANÇADO TRINDADE *apud* PIOVESAN, 2004, p. 23)

“[...] a violação dos direitos humanos constantes dos tratados, por significar desrespeito a obrigações internacionais, é matéria de legítimo e autêntico interesse interno, o que vem a flexibilizar a noção tradicional de soberania nacional” (PIOVESAN, 2004, p. 37).

Por outro lado, não há como olvidar que a Constituição brasileira de 1988, a exemplo de tantos outros países, é situada no quadro da abertura à internacionalização<sup>74</sup> dos direitos humanos, posicionando-se “[...] como marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil”. Para a doutrinadora, a Carta de 1988 é o documento legislativo mais “abrangente e pormenorizado” acerca dos direitos humanos jamais adotado no Brasil (PIOVESAN, 2004, p. 31-32).

Observa-se, com efeito, que criou-se um círculo virtuoso com o equacionamento dos direitos humanos no âmbito da ordem jurídica interna, que incluiu referidos direitos como tema fundamental da agenda internacional, repercutindo, por sua vez, no ordenamento jurídico do Estado brasileiro. Com percuciência, Galindo (2002, p. 22) destaca que as Constituições modernas têm crescentemente recorrido nas normas internacionais para lhes servir de fundamento, no que toca aos princípios estabelecidos pelo Direito Internacional.

Insta assinalar que o art. 4º da Constituição Federal elencou pela primeira vez o princípio da prevalência dos direitos humanos a reger o Estado brasileiro nas relações internacionais. Este princípio invoca a abertura do ordenamento jurídico interno ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, contribuindo de forma substancial para o incremento, pelo Brasil, da ratificação<sup>75</sup> de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2004, p. 63-64).

Por sua vez, com fulcro no § 1º do art. 5º, que dispõe sobre a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais,<sup>76</sup> e tendo os tratados internacionais de direitos humanos por objeto justamente a definição desses direitos e garantias, conclui-se que os tratados internacionais merecem também aplicação imediata (PIOVESAN, 2004, p. 98).

---

<sup>74</sup>Há a coexistência dos fenômenos da *internacionalização do Direito Constitucional* e a *constitucionalização do Direito Internacional*. O primeiro fenômeno se manifesta na inclusão nas constituições modernas de preceitos de Direito Internacional. Já o segundo, revela-se no fato de as constituições tornarem-se ponto de apoio para a organização estrutural do Direito Internacional consubstanciada, notadamente, nos Organismos Internacionais e em seus tratados fundadores (GALINDO, 2002, p. 74-75).

<sup>75</sup>No caso brasileiro, os tratados internacionais passam pelas seguintes fases: a) negociação (Poder Executivo); b) assinatura ou adoção (CF, art. 84, VIII, pelo Poder Executivo); c) aprovação legislativa (CF, art. 49, I, aprovação do Congresso Nacional, por meio de um Decreto Legislativo); d) ratificação ou adesão (pelo Poder Executivo, por meio de um Decreto Executivo), seguida da troca ou depósito do instrumento de ratificação, passando, então, o tratado a produzir efeitos jurídicos, em que pese ser a ratificação considerada ato jurídico que irradia necessariamente efeitos no plano internacional. Nota-se que na história das constituições brasileiras sempre foi exigida a conjugação de vontades entre Executivo e Legislativo para a conclusão dos tratados internacionais.

<sup>76</sup>No item 2.2.2 são analisados o alcance e o significado do § 1º do art. 5º, em que se constata a falta de consenso doutrinário sobre a matéria.

De outra parte, igualmente de extrema relevância é a norma constante do § 2º do art. 5º do texto constitucional, no sentido de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, referindo-se ao significado material e *extra-catálogo* dos direitos fundamentais, conforme se pode ver minudentemente em tópicos subseqüentes, caracterizada como “cláusula constitucional aberta” (PIOVESAN, 2004, p. 79) ou de “não tipicidade” (MIRANDA, 2000, p. 153). Trata-se de uma cláusula aberta a novos direitos, que revela o caráter não fechado e não taxativo do elenco constitucional dos direitos fundamentais. O aludido dispositivo põe a Constituição de 1988 em posição de abertura para o futuro “[...] como um receptáculo dos direitos da pessoa humana” (SILVA, 2000, p. 206).

Inserese também no assunto, ora em pauta, com foros de importância ímpar o § 3º do art. 5º da Carta, introduzido pela Emenda Constitucional - EC n. 45, de 8 de dezembro de 2004 (cognominada de *Reforma do Judiciário*), dispondo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, incluindo um ingrediente extra à já tão polêmica questão da hierarquia normativa dos tratados internacionais incorporados na ordem jurídica pátria, que, por demandar uma análise um pouco mais pormenorizada, será examinada no próximo item.

À guisa de conclusão, ressalte-se que Piovesan (2004, p. 108) elenca três hipóteses em relação ao impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, considerando a hierarquia constitucional desses tratados, conforme razões expandidas no próximo tópico, em que o direito enunciado nesses tratados poderá: a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do direito internacional dos direitos humanos); b) integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; ou c) contrariar preceito do direito interno. Outrossim, as normas dispostas nos tratados internacionais de direitos humanos estarão habilitadas a reforçar ou a estender o elenco dos direitos constitucionalmente garantidos (alíneas “a” e “b” supra), podendo, contudo, estabelecer um eventual conflito entre as normas dos tratados internacionais e as normas do direito brasileiro (alínea “c”). Nesta última hipótese, a autora aponta duas possíveis formas de solucionar o conflito estabelecido entre a Constituição e determinado tratado internacional de proteção dos direitos humanos. A primeira solução proposta dar-se-ia mediante a utilização do critério cronológico, em que a lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível. A segunda, a qual inclusive é a adotada

por ela, seria por meio do emprego do critério da prevalência da norma mais favorável ao ser humano, quer seja ela de direito internacional, quer seja de direito interno.

Cançado Trindade (2003, p. 544-545) entende que o critério da primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos humanos, contribui das seguintes formas: a) reduz ou minimiza consideravelmente as possibilidades de conflitos entre instrumentos legais em seus aspectos normativos; b) favorece na obtenção de maior coordenação entre instrumentos normativos, em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno) quanto horizontal (dois ou mais tratados); c) facilita a demonstração de que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos, garantindo os mesmos direitos, são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção.

Face ao exposto, observa-se que o impacto dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, além de vigoroso e marcante, é sempre altamente assertivo e promissor, à medida que os referidos tratados vêm sempre para aprimorar e fortalecer, nunca para restringir ou debilitar, o grau e a qualidade de proteção dos direitos fundamentais consagrados no plano interno. Mesmo em caso de conflito entre tratado internacional e direito interno, mediante a adoção do critério da primazia da norma mais favorável, o ser humano não deixa de figurar como o elemento central da proteção, não ficando em hipótese alguma ao desamparo. Nesse contexto, “[...] o direito internacional e o direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano” (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 558).

### 1.2.3.3 A hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos

Um dos temas mais controvertidos na seara jurídica quando se cuida da incorporação<sup>77</sup> na ordem interna dos tratados internacionais, em especial de direitos humanos,<sup>78</sup> refere-se à posição hierárquica ocupada pelas respectivas normas internacionais

<sup>77</sup>“A ‘incorporação’ – alta prioridade em nossos dias – não reflete *per se* automaticamente a realidade da observância dos direitos humanos em um determinado país e o grau de proteção jurídica a eles efetivamente estendida; no entanto, constitui um passo importante em prol da plena vigência dos direitos humanos.” (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 540).

<sup>78</sup>Também denominados de tratados internacionais especiais, que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas do Estado, em contraposição aos tratados internacionais tradicionais ou comuns, que buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados partes, representando, assim, meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. A grande dificuldade que surge quanto aos tratados de direitos humanos é acerca da escolha de critérios seguros a serem utilizados para qualificá-los como tal. Galindo (2002, p. 313-314) sugere que a interpretação desses tratados deve ser feita seguindo padrões internacionais, evitando-se, assim, restrições ou incompletudes na compreensão do que seriam *direitos*

no ordenamento interno.<sup>79</sup> Pergunta-se se um direito fundamental extraído de um tratado ou convenção internacional, adotado pelo Brasil, possui força normativa superior às normas consagradas na Constituição Federal (hierarquia supraconstitucional), ou se encontra em idêntico nível hierárquico ocupado pelas normas constantes do texto constitucional (hierarquia constitucional), se possui força hierárquica superior à legislação infraconstitucional (hierarquia infraconstitucional, mas supralegal), ou, se tão-somente se equipara ao direito infraconstitucional e, mais especificamente, à lei ordinária federal (hierarquia legal). A resposta a tal indagação é tão relevante que, ao definir o *status* hierárquico das normas referentes a direitos fundamentais com sede nos tratados internacionais – tomando por parâmetro sobretudo as decisões dos tribunais brasileiros –, os mais variados reflexos poderão ser sentidos, desde a possibilidade do controle de sua constitucionalidade, da viabilidade de sua revogação por uma mera lei ordinária federal posterior, até da sua inserção no âmbito de proteção das assim denominadas *cláusulas pétreas* e, por isso, insuprimíveis por emenda constitucional. Em última *ratio*, pode-se, outrossim, a partir da definição do *status* hierárquico da regra internacional incorporada internamente avaliar a sua eficácia jurídica, aquilatando acerca de sua efetividade social.

Com efeito, o § 3º do art. 5º da Constituição, acrescentado pela Emenda Constitucional - EC n. 45, de 8 de dezembro de 2004, foi editado objetivando notadamente amainar as acirradas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, no tocante à hierarquia normativa dos tratados internacionais incorporados na ordem interna, particularmente de direitos humanos, haja vista a inexistência até então de qualquer regramento constitucional fazendo clara menção à precitada hierarquia, a não ser por meio de uma interpretação nem sempre aceita e deveras contestada dos §§ 1º e 2º do art. 5º. Entretanto, o que se observou é que, ao invés de solucionar a celeuma, a inserção do mencionado dispositivo constitucional engendrou novas e divergentes interpretações em torno do tema, isto porque, dentre outras questões, não disciplinou acerca dos tratados que já se encontravam em vigor quando de sua edição.

Oportuno ressaltar, nessa quadra, que ao passo que o Direito Internacional dos Direitos Humanos busca a proteção substancial do ser humano, por meio da defesa da norma que lhe seja mais favorável, seja interna ou internacional – fazendo, em grande medida,

---

*humanos*. Para o jurista, a consulta da jurisprudência e da prática internacionais seria fator essencial para que os tribunais domésticos possam dar ampla aplicação ao instrumento convencional.

<sup>79</sup>As questões de incorporação e hierarquia não podem ser separadas, sendo imprescindíveis mutuamente. “De nada adianta ser o Direito Internacional hierarquicamente superior ao Direito Interno, se sua aplicação é obstada através de empecilhos internos. Do mesmo modo, é inútil que o princípio da incorporação seja aplicado se o Direito Internacional pode ser revogado por meras leis internas.”(GALINDO, 2002, p. 66).

esmaecer a antiga divergência existente entre as teorias monistas e dualistas<sup>80</sup> que focam a prevalência da norma internacional ou interna, em caso de conflito, no aspecto de sua superioridade meramente formal –, o Direito Constitucional reluta ainda em considerar que as normas internacionais possam prevalecer, mesmo quando forem estas mais benéficas ao indivíduo. Assim, a discussão atual gira em torno do Direito Internacional e do Direito Constitucional, perdendo centralidade as referidas teorias, vez que em matéria de direitos humanos, o Direito Internacional tem avançado mais do que o Direito Interno (GALINDO, 2002, p. 250).

Dessa forma, sem fazer menção às mencionadas teorias, as quais parecem mais dificultar do que simplificar o entendimento da temática, uma vez que se mostram imperfeitas para explicar a realidade, versa este item sobre os posicionamentos doutrinários em torno da estatura hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro, antes e depois da introdução do § 3º do art. 5º pela EC n. 45/2004, bem como a evolução do entendimento do STF, a fim de, em relação à aludida norma, fixar aquela interpretação que há de prevalecer, pelo menos, no âmbito deste estudo.

#### 1.2.3.3.1 Posicionamentos doutrinários anteriores à EC n. 45/2004

Com respaldo em Galindo (2002, p. 251-321), nota-se que pela primeira vez na história constitucional brasileira foram inseridas normas expressas sobre direitos humanos, tais como art. 4º, II, III, VIII e X; art. 5º, § 2º e art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. Em relação à hierarquia dos tratados de direitos humanos, o dispositivo mais inovador é o § 2º do art. 5º, por viabilizar a interpretação de que tais tratados teriam a hierarquia constitucional, tal qual os direitos e garantias fundamentais constantes do Texto Magno. Ademais, por meio da interpretação do § 1º do art. 5º pode inferir-se, a princípio, a auto-aplicabilidade dos tratados de direitos humanos.

Com efeito, o § 2º do art. 5º suscita o entendimento de que os tratados de direitos humanos teriam a estatura hierárquica constitucional, complementando e explicitando o rol de direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição. Esta é a idéia preconizada, com ênfase, sobretudo por Cançado Trindade (2001), Piovesan (2004) e Sarlet (2007),<sup>81</sup> os quais

---

<sup>80</sup> A teoria monista, subdividida em internacionalista e nacionalista, caracteriza-se por considerar a unicidade do conjunto das normas jurídicas, internas e internacionais. Já a teoria dualista, subdividida em extremada e moderada, consiste em considerar o direito internacional e o direito interno duas ordens jurídicas distintas e independentes (MAZZUOLI, 2007, p. 53-66).

<sup>81</sup> Os autores referenciados entendem que por força dos §§ 1º e 2º do art. 5º existe no Brasil um regime misto de incorporação de tratados. Enquanto os tratados de direitos humanos, além de gozarem de *status* constitucional,

postulam que, em caso de antinomias, a norma mais favorável ao indivíduo deve ser aplicada, independentemente de ser ela interna ou internacional. Dessa forma, estabeleceu-se a interpretação de que, ao menos para essa corrente de pensamento, embora não expressamente consagrados na CF de 1988, as normas provenientes de tratados de direitos humanos seriam materialmente constitucionais, em razão da cláusula constitucional aberta contida no § 2º do art. 5º. A abertura proporcionada por esta cláusula expressaria três grupos de direitos: a) os expressamente dispostos na CF; b) os expressamente dispostos nos tratados internacionais e c) os implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pelo Brasil.<sup>82</sup> E como tal, referidos tratados de direitos humanos seriam considerados cláusulas pétreas,<sup>83</sup> insuprimíveis por emenda constitucional, em virtude do § 4º do art. 60.

Por outro lado, o entendimento de que todo ato internacional prevaleceria sobre uma disposição normativa interna que lhe contradiga, caracterizando-se pelo primado do Direito Internacional, que independe de qualquer reconhecimento interno e é superior à vontade dos Estados, leva à compreensão de que todos os tratados (inclusive os de direitos humanos) possuem ou podem possuir uma estatura supraconstitucional. Mello (2001, p. 1-33) é um exemplo dos que acreditam que os tratados de direitos humanos, incluindo-se os de direitos sociais, dada a indivisibilidade dos direitos humanos, são superiores à Constituição, no caso de consagrarem normas mais benéficas. Entrementes, em razão da fragilidade de seus

---

seriam incorporados automaticamente ao ordenamento interno; os demais tratados, além de possuírem natureza infraconstitucional, seguiriam a sistemática de incorporação não-automática. Essa compreensão nada tem a ver com *iter* procedimental da inserção do tratado no direito interno, referindo-se, ao revés, à natureza *self-executing* das normas dos tratados de direitos humanos, as quais não necessitam para sua aplicabilidade de qualquer lei posterior que as traduza ou regulamente.

<sup>82</sup> Diante do art. 5º, § 2º pode afirmar-se, em suma, que existiriam apenas duas categorias de direitos fundamentais: aqueles formal e materialmente constitucionais (constantes do texto constitucional formal) e aqueles apenas materialmente constitucionais (que não se encontram no texto constitucional), observado que os direitos fundamentais oriundos de tratados, enquadrados nessa última categoria, visariam apenas a complementar e ampliar o catálogo de direitos fundamentais. A presente matéria encontra-se aprofundada no item 2.2.3.1.

<sup>83</sup> A consideração de que os tratados internacionais de direitos humanos seriam cláusulas pétreas levanta a importante indagação acerca da possibilidade de denúncia desses instrumentos. Galindo (2002, p. 307) entende que, diante do silêncio constitucional, a denúncia é possível, ressaltando a necessidade de um procedimento mais complexo para tanto, inclusive com a intervenção do Parlamento. Para ele, contudo, a denúncia não surtiria efeitos práticos, pois os direitos consagrados nesses tratados estariam definitivamente inseridos no texto constitucional, permanecendo com estatura hierárquica constitucional. Acrescenta-se ao pensamento do jurista que há, sim, um efeito prático, qual seja, o de isentar o Estado da responsabilidade internacional advinda do descumprimento daquele direito inserido em tratado, objeto de denúncia, restando conseqüentemente apenas a responsabilidade do Estado no âmbito interno. Ademais, registre-se que vários doutrinadores têm sugerido, em contraposição à praxe brasileira, que seria mais coerente aplicar ao ato da denúncia o mesmo procedimento aplicável ao ato de ratificação, ou seja, exigiria também para aquele um ato complexo, fruto da conjugação de vontades dos Poderes Executivo e Legislativo. Importante destacar que Piovesan (2004) e Sarlet (2007) divergem quanto à abrangência material outorgada pelas cláusulas pétreas. Enquanto a primeira jurista exclui os direitos coletivos desta proteção, o segundo entende que ela se estende a todo e qualquer direito fundamental, individual ou coletivo, de cunho negativo ou prestacional.

argumentos, inclusive em face do total descaso pelo princípio da soberania estatal, é um posicionamento francamente minoritário.

#### 1.2.3.3.2 Posicionamentos doutrinários posteriores à EC n. 45/2004

Colacionados, em linhas gerais, os posicionamentos existentes acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos adotados pelo Brasil, passa-se ao estudo da temática, conforme a opinião de alguns doutrinadores, após a introdução do § 3º do art. 5º ao texto constitucional, pela EC n. 45/2004.

Tavares (2005, p. 40-48) entende que a inserção do § 3º ao art. 5º da CF, por meio da EC n. 45/2004, alterou substancialmente o sistema, elevando os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos à hierarquia constitucional, desde que, como ocorre com as emendas constitucionais, sejam aprovados por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos. Ele rechaça a “[...] equivocada idéia de que o novo § 3º do art. 5º da CB estaria a ratificar a posição doutrinária que sempre sustentou a estrutura constitucional dos tratados sobre direitos humanos”. Entende que, ao revés, de forma catastrófica, o dispositivo afasta a interpretação doutrinária lata que era feita sob o manto do § 2º do art. 5º, acerca da incorporação constitucional automática e sob o critério da materialidade constitucional de tratados versando sobre direitos humanos.

Assevera, ademais, que a simples presença, no tratado ou convenção, do tema de direitos humanos obriga o Congresso Nacional a adotar o rito criado para a respectiva parte do tratado, ou eventualmente, todo ele, observado que a submissão do instrumento internacional ao Poder Legislativo deve ser automática, independentemente de iniciativa privativa.

Acrescenta, ainda, que é vedada a denúncia do tratado, incorporado como emenda constitucional, por ato unilateral do Presidente da República. Afirma que a ratificação pelo Presidente simplesmente não existirá neste novo formato, pelas próprias características de aprovação e promulgação de proposta de emenda constitucional, que sempre descartou a atuação presidencial, reduzindo esta à celebração internacional.

Em relação aos tratados internalizados anteriormente à *Reforma*, o autor parte da premissa da não-aplicação do § 2º do art. 5º da CF e, neste caso, abrem-se, no mínimo, duas leituras possíveis: a) eles permanecem com o *status* próprio do veículo que os internalizou, ou seja, mantêm o patamar de lei; b) passam automaticamente a ter *status* de emenda

constitucional pelo fenômeno da recepção.<sup>84</sup> Tavares adota a segunda posição, sinalizando que, para os defensores da hierarquia legal dos tratados, àqueles internalizados anteriormente à EC n. 45/2004 permanecem com o *status* de lei ordinária (alínea “a” retro).

Nota-se que Tavares tem uma posição, de certa forma moderada, à medida que entende que os tratados de direitos humanos já incorporados no direito brasileiro terão o *status* de norma constitucional pelo fenômeno da recepção. Quanto aos futuros tratados (a partir da edição da EC n. 45/2004), ainda que defenda que a Reforma tenha rechaçado a materialidade constitucional de tais tratados, terão estes também o *status* de norma constitucional, eis que o Congresso Nacional encontra-se obrigado a adotar o rito qualificado das emendas constitucionais. Situação contraditória surge à adoção do entendimento manifestado pela alínea “a” retro, ou seja, em que permanecem os tratados, anteriores à Reforma, com o *status* de lei ordinária. O nó górdio desta posição é que poderia haver normas de direitos humanos, de natureza análoga, portanto, com *status* normativo diferenciado (constitucional e legal), revelando uma situação jurídica paradoxal e inconstitucional, pois configurar-se-ia o malferimento ao princípio da isonomia consubstanciado na exigência de conferir tratamento igualitário a situações similares.

Consoante já adiantado, Piovesan (2004; 2005) e Sarlet (2007) partem de um conceito mais aberto de direitos fundamentais (sobre o qual é elaborada a classificação desses direitos), com fulcro no § 2º do art. 5º da CF, equiparando-os às normas constitucionais em sua vertente material. Piovesan (2005, p. 70) esclarece que a conclusão sob enfoque “[...] advém da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional”. Acrescenta a autora que também são considerados o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. Neste sentido, conclui que, enquanto os tratados internacionais de direitos humanos apresentam natureza de norma constitucional (independentemente do *quorum* de sua aprovação, pois são materialmente constitucionais), os demais tratados internacionais (ditos tradicionais ou *comuns*) apresentam natureza infraconstitucional. Ademais, os primeiros, por força do § 1º do art. 5º da CF têm aplicabilidade imediata (incorporação automática).<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> O fenômeno da recepção de normas anteriores à nova Constituição (ou a nova emenda constitucional), apenas verifica-se se houver compatibilidade material, que no caso positivo permite a absorção da antiga norma com o *status* que a nova Constituição conferir à respectiva matéria.

<sup>85</sup> Piovesan (2004, p. 98-99) entende que, desde que ratificados, os tratados internacionais sobre direitos humanos irradiam automaticamente seus efeitos no ordenamento jurídico interno, passando imediatamente a assegurarem direitos diretamente exigíveis.

Com base no exposto, é inferido que a inclusão do § 3º ao art. 5º da CF pela EC n. 45/2004 veio reforçar tão-somente a natureza constitucional dos direitos humanos ao adicionar-lhes também a marca da constitucionalidade formal.<sup>86</sup> Isso porque não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos ratificados antes da referida emenda constitucional fossem recepcionados como lei ordinária federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional por conta exclusiva de seu *quorum* de aprovação.

Ressaltam Piovesan e Sarlet que há uma diversidade de regimes jurídicos entre os direitos humanos material e formalmente constitucionais, uma vez que somente os primeiros são suscetíveis de denúncia, pois embora ambos estejam resguardados pelas *cláusulas pétreas* (inciso IV, § 4º do art. 60), os materialmente constitucionais não foram aprovados por um *quorum* qualificado, admitindo-se, assim, a validade jurídica do ato de denúncia, que é ato apenas do Poder Executivo. Já os tratados de direitos humanos também formalmente constitucionais, ao serem aprovados por um *quorum* qualificado e ao inserirem-se no texto da Constituição, passariam a exigir também um ato complexo, formado pelas vontades dos Poderes Executivo e Legislativo, para que houvesse a denúncia. Lembrando-se que nas duas situações mencionadas, os direitos humanos, por estarem protegidos por cláusulas pétreas, não seriam passíveis de exclusão do ordenamento jurídico interno (vedação de retrocesso social), admitindo-se somente a sua alteração se fosse para melhorar as condições desses direitos.

Destarte, Sarlet (2007, p. 159) defende que a solução de eventual conflito entre os direitos da Constituição e os dos tratados incorporados deveria observar os princípios hermenêuticos que regem os conflitos entre os direitos e princípios originariamente reconhecidos pelo Constituinte, direcionando-se para uma adequada ponderação de valores em pauta e privilegiando-se uma solução mais favorável à garantia da dignidade da pessoa humana. Não é demais recordar que os autores sob referência, antes da inserção do §3º do art. 5º ao texto constitucional, já defendiam a materialidade constitucional dos direitos humanos em sede de tratados internacionais incorporados ao direito interno.

Observa-se que o ponto fulcral defendido por Piovesan e Sarlet é que, com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais (a partir da sua vigência, por força do § 2º do art. 5º, ainda que aprovados pelo *quorum* da maioria relativa exigível para o decreto legislativo); b) os material e formalmente constitucionais (a partir da aprovação com o *quorum* especial das emendas

---

<sup>86</sup> Sarlet (2007, p. 155) levanta uma interessante indagação de natureza técnico-legislativa, ainda pendente de solução, referente à forma pela qual o texto dos tratados, uma vez incorporados pelo rito das emendas, passaria a ser inserido no texto constitucional.

constitucionais, em consonância com o § 2º do art. 60 da CF). Destacam os autores que os tratados de direitos humanos têm *status* constitucional e os tratados comuns (os demais) têm *status* infraconstitucional (hierarquia supralegal).

Estes autores adotam uma posição, a par de estar bem-embasada e bem construída, *arrojada* e emancipatória, à medida que é mais condizente com o papel e a importância assumidos pelos direitos humanos no âmbito internacional e interno dos Estados. Infere-se, destarte, que o entendimento destes autores vai ao encontro da tendência do pensamento atual em admitir a relativização da soberania estatal, em face da universalização dos direitos humanos, da inserção da dignidade humana como fundamento da República e do imenso catálogo de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, que constituem marcos no processo de redemocratização do país. Difícil é digerir a posição que, ao conferir natureza legal aos tratados de direitos humanos incorporados pelo país, admite a sua revogação por lei ordinária posterior.<sup>87</sup>

Dentre os autores estudados, Mazzuoli (2007) parece ser o que mais minuciosamente analisou os reflexos da inserção do multicitado dispositivo constitucional no ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, este autor sempre defendeu a aplicabilidade imediata e o nível constitucional (com fulcro, respectivamente, nos §§ 1º e 2º do art. 5º da CF) das normas de direitos humanos constantes de tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Na esteira do pensamento de Piovesan e Sarlet, Mazzuoli também entende que os referidos tratados passaram a ser fonte do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e de igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional.

Por outro lado, alerta para o perigo da interpretação apressada e literal do § 3º do art. 5º conduzindo ao entendimento de que apenas os tratados aprovados pelo *quorum* qualificado nele estipulado gozariam do *status* de normas constitucionais e que os demais teriam valor de mera lei ordinária, gerando insegurança jurídica, ante a criação de distinção entre instrumentos internacionais que possuem o mesmo fundamento ético.

Chama a atenção, ademais, sobre o perigo da interpretação que concede ao Congresso Nacional, ao seu talante, poder de decidir sobre a hierarquia normativa que devem ter determinados tratados de direitos humanos em detrimento de outros, violando a completude do *bloco de constitucionalidade*.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Posição que encontrava guarida nas decisões do STF até 2008.

<sup>88</sup> A expressão *bloco de constitucionalidade* significa que a Constituição não se limita às normas que integram ou se extraem de seu texto, mas inclui outros textos normativos, como os tratados internacionais adotados pelo país (BARROSO, 2005, p. 31).

De outra parte, ao contrário do entendimento esposado pelos demais autores estudados,<sup>89</sup> registra Mazzuoli que não se deve confundir o referendo dos tratados internacionais, de que cuida o art. 49, inciso I, materializado por meio de um decreto legislativo (aprovado por maioria simples) promulgado pelo Senado Federal, com a segunda eventual manifestação do Congresso, para fins de pretensamente decidir sobre qual *status* hierárquico deve ter determinado tratado internacional de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, pois que não houve alteração do mencionado dispositivo. Outrossim, destaca que a redação do § 3º do art. 5º deixa entrever que serve tão-somente para equiparar os tratados de direitos humanos às emendas constitucionais, o que poderia ser feito após o tratado já ter sido ratificado pelo Presidente da República e após este já se encontrar em vigor no plano internacional. Complementa o autor que, caso o Congresso Nacional não adote esse entendimento, deve ser deixado, então, expresso no instrumento congressual de aprovação do tratado que este apenas terá o efeito que prevê o suso § 3º após ter sido o instrumento ratificado e depois de se encontrar em vigor no plano internacional.

Na compreensão de Mazzuoli, o *quorum* do § 3º serve tão-somente para atribuir eficácia formal aos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já possuem em virtude do § 2º do art. 5º. Esclarece o autor que os efeitos de se atribuir aos tratados de direitos humanos a equivalência de emendas constitucionais é que eles passarão a reformar a Constituição Federal e não poderão ser denunciados. Quanto à denúncia, o autor apresenta as seguintes posições: a) conforme § 2º do art. 5º (normas apenas materialmente constitucionais): com o ato de denúncia o Estado passa a não mais ter responsabilidade no âmbito apenas internacional, já que no âmbito interno a norma se petrificou; b) conforme § 3º do art. 5º (normas formal e materialmente constitucionais): o país não pode mais desengajar-se do tratado quer no plano internacional, quer no plano interno, podendo o Presidente da República ser responsabilizado caso o denuncie, devendo tal denúncia ser declarada ineficaz, já que foi erigido à condição de emenda constitucional mediante *quorum* qualificado. Apesar da posição de Mazzuoli quase não diferir daquela manifestada por Piovesan e Sarlet – por isso merecendo as mesmas análises críticas –, foi ela trazida à colação sobretudo em virtude de seu caráter mais detalhador.

---

<sup>89</sup> Mazzuoli (2007) alerta para o perigo da interpretação de que o procedimento do § 3º do art. 5º veio substituir a aprovação pelo Congresso Nacional, conforme preceitua o art. 49, inciso I, haja vista que ela leva a crer que a partir da aprovação congressual, pelo *quorum* qualificado, os tratados de direitos humanos já passariam a equivaler às emendas constitucionais, entretanto, sabe-se que é impossível um tratado ter efeitos internos antes de ratificado e antes de começar a vigorar internacionalmente.

### 1.2.3.3.3 Evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal

No julgamento datado de 23/11/1995,<sup>90</sup> em sede de *Habeas Corpus* (HC n. 72.131), o STF considerou a constitucionalidade da prisão do depositário infiel com espeque no inciso LXVII do art. 5º, afastando a aplicação da Convenção Americana e possibilitando a suplantação, em grau de recurso, das decisões contrárias dos juízes monocráticos e tribunais. Assim, negou a Excelsa Corte mediante entendimento majoritário, com exceção dos Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso, qualquer estatuta especial aos tratados internacionais de direitos humanos, conferindo-lhes caráter meramente legal (de lei ordinária federal), com fulcro, inclusive, na interpretação literal do art. 102, III, *b* e em total desprezo pela norma consagrada no § 2º do art. 5º, já que foi considerado na decisão que somente os tratados promulgados antes da Constituição é que poderiam ter *status* constitucional. Todavia, é marcante o fato de que no Brasil grande parcela dos tratados mais significativos, inclusive de direitos humanos, foi promulgada apenas após o advento da CF/88, com o aprofundamento do processo de redemocratização.

Demais disso, nessa oportunidade, defendeu-se que em caso de conflito entre lei ordinária e tratado internacional, aplicar-se-iam as máximas *lex posterior derogat priori* (critério cronológico) ou *lex specialis derogat generalis* (critério da especialidade). Cançado Trindade (2003, p. 546) reputa esta posição de “simplista e mecanicista”, além de não ser nem um pouco convincente, pois em tempo algum os seus defensores conseguiram dar uma resposta satisfatória quanto ao impasse surgido em relação à responsabilidade internacional do Estado, pois que uma mera lei ordinária posterior seria suficiente para derogar ou revogar um tratado internacional.

Em 29/03/2000, surge pela primeira vez no âmbito da Suprema Corte, um posicionamento por parte do Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RHC n. 79.785, sobre a possibilidade de considerar-se os tratados de direitos humanos como supralegais, mas necessariamente infraconstitucionais, embasando-se numa interpretação restritiva do § 2º do art. 5º. Aceita-se então a aplicação direta das normas consignadas nos referidos tratados, justamente por versarem sobre direitos e garantias fundamentais, “[...] até, se necessário, contra a lei ordinária e sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes”.

Contudo, somente a partir de 3/12/08, a posição do STF se fixou no sentido do reconhecimento da supralegalidade dos tratados de direitos humanos (RE n. 466.343/RJ, Rel.

---

<sup>90</sup> O STF já havia manifestado este posicionamento no emblemático julgamento do RE n. 80.004, de 1º/06/1977.

Min. Cezar Peluso, em 3/12/2008).<sup>91</sup> Verifica-se, dessa forma, uma evolução no posicionamento da Suprema Corte em relação à matéria, em que pese este ainda carecer de fundamentação teórica robusta como aquela apresentada pelos partidários da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, conforme demonstrado.

#### 1.2.3.3.4 A melhor interpretação do § 3º do art. 5º da Constituição Federal

Face ao exposto, a melhor exegese a ser dada à presente matéria, consoante o escopo deste estudo, a despeito de ser dissonante em relação à posição atualmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, é aquela esposada por Cançado Trindade, Piovesan, Sarlet e Mazzuoli, haja vista que não é nem um pouco razoável supor que o § 3º do art. 5º foi introduzido com o intuito de permitir a coexistência de diferentes hierarquias normativas relativamente aos tratados internacionais de direitos humanos, cujo fundamento ético existencial e de validade é similar. O embasamento proposto pelos autores citados, à guisa de justificativa racional e pertinente, é que o § 2º do art. 5º da Carta já havia outorgado aos aludidos tratados internacionais a índole de direitos fundamentais materialmente constitucionais, tendo sido introduzido o § 3º tão-somente para conferir a eles também a marca da fundamentalidade formal. Sobre a questão, argumenta Piovesan (2004, p. 86) que esta é a “[...] interpretação que está em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1988, em especial com o valor da dignidade humana – que é valor fundante do sistema constitucional”.

---

<sup>91</sup> No Informativo n. 531 (1º a 5 de dezembro de 2008) é destacado que o Tribunal, por maioria, desproveu recurso extraordinário no qual se discutia a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 911/69: “Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.”). Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do *status* de supralegalidade da referida Convenção. Vencidos os Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches, que davam provimento ao recurso. De outra parte, na linha do entendimento acima sufragado, o Tribunal, por maioria, concedeu *habeas corpus*, impetrado em favor de depositário judicial, e averbou a revogação da Súmula 619 do STF, expresso nos seguintes termos: “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito”. Vencido o Ministro Menezes Direito que denegava a ordem por considerar que o depositário judicial teria outra natureza jurídica, apartada da prisão civil própria do regime dos contratos de depósitos, e que sua prisão não seria decretada com fundamento no descumprimento de uma obrigação civil, mas no desrespeito ao *múnus público*. (HC n. 92566 – SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3/12/2008, DJe 05/06/2009).

Na verdade, adotar outro entendimento fugiria à lógica do razoável, além de malferir o princípio da isonomia insculpido na Constituição Federal, que determina que o mesmo entendimento jurídico deve ser conferido às situações fáticas correspondentes. Consoante o escólio de Bandeira de Mello (2001a, p. 10) “[...] é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes”.

Por outro lado, não se mostra racionalmente justificável inferir que o Poder Legislativo (Congresso Nacional), ao seu talante e de forma discricionária, ao sabor das contingências dos interesses das maiorias momentaneamente representadas nas Casas Legislativas, possa escolher quais os tratados internacionais de direitos humanos terão hierarquia constitucional e quais não o terão, mediante a utilização ou não do *quorum* qualificado exigido para as emendas constitucionais por ocasião da aprovação dos aludidos tratados.<sup>92</sup>

De seu turno, Galindo (2002, p. 304), acompanhando a mesma linha de pensamento, explicita que “[...] os tratados de Direitos Humanos não retiram seu *status* constitucional do *iter* legislativo em que são aprovados [...]. Esse *status* é retirado, primeiramente, de sua natureza internacional, e, secundamente, da matéria regulada, qual seja, concernente aos direitos fundamentais”. Esta conclusão mostra-se relevante, pois confere às normas de direitos fundamentais veiculadas por tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico interno o mesmo tratamento jurídico dos direitos fundamentais constantes do texto constitucional, em razão de sua fundamentalidade material.

### 1.3 Direitos Sociais Prestacionais nas Constituições Brasileiras

Neste tópico, busca-se desenhar o processo de construção do mínimo existencial nas constituições brasileiras,<sup>93</sup> partindo-se da demonstração do relevante papel conferido à Constituição no que toca à limitação do poder estatal por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais. Cabe observar que, na atualidade, este papel tem avançado para exigir também do Estado uma postura ativa (direito a prestações) e não apenas omissiva (direito de defesa). Assim, intenta-se que seja compreendido, hodiernamente, em que estágio evolutivo posiciona-se o direito ao mínimo existencial e, ante essa compreensão, viabilizar a investigação nos próximos capítulos acerca dos métodos interpretativos e dos meios e

<sup>92</sup> A partir da promulgação da EC n. 45/2004 a incorporação dos tratados de direitos humanos deve-se submeter ao procedimento mais rigoroso das emendas constitucionais (SARLET, 2006b).

<sup>93</sup> A leitura dos textos das Constituições brasileiras, de 1824 à EC n. 01/1969, foi feita na obra de Alexandre Sanches Cunha, *Todas as constituições brasileiras*, 2001.

instrumentos que sejam capazes de conferir ao referido direito maior otimização de sua efetividade e de sua realização social.

Consoante abordagem empreendida em tópico precedente, constata-se a íntima correlação existente entre o direito ao mínimo existencial, sob o enfoque de um direito positivo a prestações, que é o objeto do presente estudo, e a dimensão positiva dos direitos sociais e do princípio da dignidade humana. Esta perspectiva de um direito prestacional consiste numa atividade positiva e material do Estado frente ao indivíduo, mediante a redistribuição mais equitativa de renda, objetivando o atendimento das necessidades básicas (vitais) do ser humano, viabilizando-se, assim, melhores condições de vida com justiça social.

Mantendo-se em mente tais aspectos nodais concernentes ao mínimo existencial, buscam-se, nas diversas constituições brasileiras, as normas que tocam mais de perto a estes pontos, atividade esta que remete a uma revisão dos fatos mais relevantes da história do país e aos contextos econômicos, políticos e sociais de cada época, desde a independência até os dias atuais, os quais estão, por certo, refletidos nas linhas mestras de cada Magna Carta.

Destarte, no percurso desse estudo diferentes épocas são transcorridas, alternando-se Constituições autoritárias (outorgadas) e democráticas (promulgadas), iniciando com a fase da Monarquia em 1824, passando pelas Constituições da fase Republicana, inaugurada com a Constituição de 1891, indo para a de 1934, na seqüência da Revolução de 30, que pôs fim à chamada República Velha; a de 1937, que implantou o Estado Novo; a de 1946, que restabeleceu a democracia; a de 1967, como reflexo do Golpe Militar de 64 e sua Emenda n. 1 de 1969, sob a vigência do Ato Institucional n. 5, chegando-se à Nova República com a Constituição Cidadã de 1988, repercutindo a fase política de redemocratização do país iniciada a partir de 1985.

### 1.3.1 As Constituições Brasileiras: de 1824 à Emenda n. 1/1969

A fase monárquica inicia-se com a chegada de D. João VI ao Brasil em 1808 e vai, gradativamente, consolidando-se. Com a proclamação da Independência em 7/9/1822, da qual surgiu o Estado brasileiro sob a forma de governo imperial, ocorreu a necessidade da convocação, em 1823, de uma constituinte. A Assembléia Geral Constituinte, na luta pela soberania, representou um papel marcante e decisivo contra a colonização portuguesa.

Não obstante a importância com que se reveste a Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I, após a dissolução da Assembléia Nacional Constituinte,<sup>94</sup> que se caracterizou essencialmente por fixar: a) o governo monárquico hereditário, constitucional e representativo (art. 3º); b) o princípio da divisão e harmonia dos poderes políticos, segundo a formulação quadripartita de Benjamin Constant: Poder Legislativo, Poder Moderador,<sup>95</sup> Poder Executivo e Poder Judiciário (art. 10); c) uma declaração de direitos individuais e garantias (art. 179), pouco dispôs sobre o direito ao mínimo existencial, porquanto os direitos fundamentais consagrados nessa época eram os direitos civis e políticos, de primeira dimensão. Além disso, difícil imaginar grandes avanços em relação aos direitos de segunda dimensão consubstanciados no princípio da igualdade, haja vista que se encontrava a sociedade permeada pelos privilégios da nobreza, pelo voto censitário e pelo regime escravocrata.

Entretantes, cumpre acentuar que esta Constituição “[...] abriu uma janela para o social, para os direitos humanos do século XX, fora, portanto, das vistas acanhadas e egoístas do liberalismo imperante”, muito além, entretanto, do que veio a ser posteriormente fixado pelos constituintes republicanos de 1891. Nesse sentido, a Constituição outorgada, ao contrário do silêncio e da omissão dos republicanos de 1891, enunciava o princípio, segundo o qual, “a Constituição também garante os socorros públicos” (inciso XXXI do art. 179), ao tempo em que declarava a instrução primária gratuita a todos os cidadãos (inciso XXXII do art. 179); regras pertinentes ao constitucionalismo social, tão peculiares às conquistas do século XX (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 110-111).

Após a proclamação da República, ocorrida em 15 de novembro de 1889 pelo Decreto n. 1, sob a égide do governo provisório, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, promulgaram a Constituição de 1891. Inaugura-se, assim, a fase republicana, como consequência do movimento revisionista da época, que instituiu o federalismo, reforçando-se os poderes regionais e locais, enfraquecendo, de conseguinte, o poder central. Esta situação engendrou a política dos governadores sustentada no coronelismo,<sup>96</sup> que dominou a Primeira

<sup>94</sup> A partir da dissolução da Assembléia Nacional Constituinte não pôde mais D. Pedro I recompor a sua imagem de político liberal, destroçada com o Golpe Militar de que ele fora autor (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 84).

<sup>95</sup> Silva (2003, p. 76) anota que a chave de toda a organização política estava efetivamente no Poder Moderador, concentrado na pessoa do Imperador, que se encontrava armado de faculdades excepcionais. Citando Itaborá, informa que o Rei reinava, governava e administrava.

<sup>96</sup> Silva (2003, p. 80), citando Edgar Carone, explica que “o coronel é aquele que protege, socorre, homizia e sustenta materialmente os seus agregados; por sua vez, exige deles a vida, a obediência e a fidelidade. É por isso que o coronelismo significa força política e força militar”. E esta força representou o domínio das oligarquias regionais (São Paulo e Minas Gerais) sustentado, inclusive, por meio da fraude eleitoral institucionalizada.

República e que também foi a causa de sua queda, porquanto esse fenômeno, como poder real e efetivo, encontrava-se em descompasso com as normas constitucionais formais de organização nacional, incluindo-se a divisão de poderes (SILVA, 2003).

Para corrigir o divórcio entre a Constituição de 1891 e a realidade política e social do Brasil foi elaborada a revisão constitucional de 1926. Entretanto, “[...] mostrou-se ela tardia e inócua, já não podendo salvar a Constituição da República Velha, solapada em seus fundamentos” (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 266).

Considerando que a Constituição de 1891 representou o coroamento do liberalismo no Brasil, de marcado cunho individualista, e, como tal, buscou “[...] neutralizar teoricamente o poder pessoal dos governantes e distanciar, tanto quanto possível, o Estado da Sociedade” (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 257), nada dispôs sobre o mínimo existencial ou os direitos sociais, o que veio a ocorrer somente a partir da Constituição de 1934.

A Revolução de 1930 marcou o fim da Primeira República, ao mesmo tempo em que fechou um capítulo da história federativa e republicana brasileira, observado que “[...] o desenvolvimento da economia já propiciava condições para o desmonte do coronelismo, ou, quando nada, o seu enfraquecimento” (SILVA, 2003, p. 81). O Estado liberal da versão clássica – durante mais de um século a idéia matriz das instituições do país – chegava ao fim, depois de haver atravessado dois regimes: um Império e uma República. Era o despontar do Estado Social. Merece realce o fato de que o movimento produziu dois frutos significativos na valorização da presença participativa do cidadão na vida política do país: a edição do Código Eleitoral, seguido da instituição da Justiça Eleitoral (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 267; 270).

O art. 1º do Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930 concentrou nas mãos do Governo Provisório, instituído por esse ato normativo e cujo chefe foi Getúlio Vargas, as atribuições do Poder Executivo e do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembléia Constituinte, se estabelecesse a organização constitucional do país. A sessão solene de instalação da Assembléia Nacional Constituinte somente ocorreu em 15 de novembro de 1933, postergada pela *revolução constitucionalista*<sup>97</sup> de 1932, em São Paulo.

---

<sup>97</sup> Bonavides e Andrade (2008, p. 274-275) definem a Revolução Paulista de 1932 como um “protesto coerente em favor da normalidade do sistema representativo no País, segundo os moldes clássicos que eram da essência do liberalismo”. Acrescentam os autores que a luta constitucionalista não teve o condão de restituir o país, de imediato, à normalidade representativa, mesmo porque os vencidos foram os paulistas. Entretanto, dois anos mais tarde, o Brasil se viu reconstitucionalizado, vingando, dessa forma, o movimento.

A Constituição de 1934, uma das mais efêmeras de toda a história constitucional brasileira, instaurou a Segunda República no Brasil, trazendo conteúdo novo, porém, mantendo da anterior os princípios formais fundamentais: a república, a federação, a divisão de poderes, o presidencialismo, o regime representativo. Sob a influência da Constituição alemã de Weimar, inscreveu a Constituição sob referência, ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, um título sobre a “ordem econômica e social” e outro sobre a “família, a educação e a cultura”, consagrando alguns preceitos do *Welfare State*. No primeiro título referenciado destacam-se os seguintes dispositivos: o art. 115 dispõe que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna”; o art. 121 estatui que “a lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país”, acrescentando alguns direitos trabalhistas. Já no segundo título mencionado, que incluem os arts. 148 a 158, há diversas normas relevantes para a promoção da educação. No Capítulo II do Título III, que cuida “dos direitos e das garantias individuais”, é disposto no art. 113 que “a União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos (item 32) e “a todos cabe o direito de prover a própria subsistência e à da sua família, mediante o trabalho honesto. O poder público deve amparar, na forma da lei, as [pessoas] que estejam em indigência” (item 34).

Pela leitura de seu texto, pode-se constatar que a Constituição de 1934 trouxe a marca social dos direitos do homem. Reiterou o princípio da igualdade e dedicou um título à ordem econômica e social organizada de modo a possibilitar a todos existência digna. Representa, destarte, uma importante baliza no estudo jurídico seminal do direito ao mínimo existencial no Brasil. Todavia, verifica-se que o ponto fraco da Constituição de 1934 foi o seu caráter dúbio, pondo lado a lado princípios antagônicos: de um lado o princípio social, do outro, o liberalismo com uma forte tendência centralizadora marcada pela ampliação das atribuições do Poder Executivo. “Some-se a isso o populismo em germe espalhado nas preocupações sociais, e teremos um quadro não muito distante do que viria a ser o chamado Estado Novo” (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 326).

Sob o enganoso argumento de erradicar um mal pela raiz, combatendo partidos políticos refratários aos processos democráticos e que ofereciam perigo imediato para as instituições, como a Ação Integralista Brasileira, de feição fascista, cujo líder, Plínio Salgado, como Mussolini e Hitler, se preparava para galgar o poder. Havia também o partido

comunista, reorganizado por seu chefe, Luís Carlos Prestes, desejoso da presidência. Diante dessas ameaças, Getúlio Vargas, com o golpe de 10 de novembro de 1937, impôs a Carta Constitucional,<sup>98</sup> com a principal preocupação de fortalecer o Poder Executivo para se perpetuar no poder. Com efeito, Vargas afastou-se por completo do Estado democrático com o cancelamento das eleições, e extinção dos partidos, o fechamento do Congresso e outras medidas marcadamente autoritárias. Na verdade, a Carta de 1937 foi o germe (o Estado Novo foi a sua realização) de constituições autoritárias e a justificação teórica das ditaduras posteriores (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 337-352).

Em que pese não ter tido vigência efetiva, à exceção dos dispositivos que outorgavam poderes excepcionais ao Chefe do Poder Executivo, são inegáveis os “[...] avanços no campo trabalhista, com a instituição de diversos direitos e vantagens aos trabalhadores, sem embargo do caráter paternalista da atuação governamental e do atrelamento dos sindicatos ao poder público” (BARROSO, 2001, p. 24).

Existem alguns poucos dispositivos na Carta de 1937 que têm correlação com o mínimo existencial, como, por exemplo, o art. 1º que estatui que “O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele, e no interesse do seu bem estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade”, o art. 127, que prescreve que “aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole”, ou ainda o art. 130 que impõe a gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário, além de estabelecer no art. 135, “Da Ordem Econômica” vários preceitos sobre direitos trabalhistas e previdenciários. Entretanto, exceção feita aos dispositivos autoritários que serviam aos interesses imediatos do poder, não teve a aludida Carta qualquer aplicação. Portanto, classifica-se mais como uma Constituição semântica, cujo conteúdo dos textos revela-se de cunho meramente formal sem conexão com a realidade subjacente, do que como uma Constituição normativa, em que se estabelece uma identidade entre o conteúdo dos textos e as aspirações nacionais, capazes de torná-la legítima (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 337).

Tão logo terminada a 2ª Guerra Mundial,<sup>99</sup> em que o Brasil participara ao lado dos aliados contra as ditaduras nazi-fascistas, começaram os movimentos no sentido da redemocratização do país, instalando-se, de conseqüência, a Assembléia Constituinte no dia

---

<sup>98</sup>A Carta de 1937 foi cognominada de *Polaca*, vez que a ideologia de seu texto foi aurida da Carta polonesa, de origem totalitária e fascista, imposta pelo Marechal Josef Pilsudski.

<sup>99</sup>O fim da Segunda Guerra marcou uma época de construção constitucional em todo o mundo, visto que diversos Estados tornaram-se independentes e outros tantos, findos os regimes ditatoriais, reordenaram os seus estatutos fundamentais (BARROSO, 2001, p. 25).

2/2/46, em repúdio ao Estado Novo, porquanto mostrava-se uma grande incoerência lutar externamente contra os regimes autoritários e, internamente, viver uma ditadura. Malgrado o caráter democrático do texto constitucional, a maioria das lideranças políticas não se preocupou em enxertar essa concepção no tecido social, preferindo o caminho fácil do populismo, no estilo inaugurado por Vargas, fazendo distanciar, assim, a teoria e a prática, fato que contribuiu de forma decisiva para o êxito do movimento ditatorial de 64, inspirado nos ideais americanos que se dizia preocupado com a modernização do país (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 416).

Na Constituição de 1946, o Estado social se equilibrava com o Estado de direito, apresentando “[...] recuos e avanços que nada comprometeram a estrutura já formalmente implantada do Estado social brasileiro”. Enquanto evidenciava o seu conteúdo extraído do Estado social de influência *weimariana*, chamava a atenção o caráter programático de grande parte de suas normas, com realce para aquela que dispunha sobre a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, a qual nunca se realizou na prática (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 417; 425). Dentre as normas que guardam correlação com o mínimo existencial, podem ser mencionadas aquelas constantes do Título V “Da Ordem Econômica e Social” em que se encontra prescrito que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”, acrescentando-se que “a todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social” (art. 145 e seu parágrafo único), bem como as que tratam de matérias trabalhistas e de previdência social e as que cuidam da educação. Barroso (2001, p. 26) assim descreve esta Constituição “[...] como instrumento de governo, ela foi deficiente e desatualizada desde a primeira hora. Como declaração de direitos e de diretrizes econômicas e sociais, foi ágil e avançada”.

A Constituição de 1967 foi promulgada em 24/1/1967 e entrou em vigor em 15/3/1967, quando assumia a Presidência o Marechal Arthur da Costa e Silva, tendo sofrido forte influência da Carta Política de 1937. De caráter marcadamente centralizador, deu mais poderes à União e ao Presidente da República. Reduziu a autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e garantias constitucionais. Na opinião de Bonavides e Andrade (2008, p. 433; 435; 439), a verdadeira constituição desses anos foram os atos institucionais.<sup>100</sup> Para eles, “a elaboração da Constituição de 67 era um dos estágios do processo institucionalizador do Movimento de 1964”.

---

<sup>100</sup>Entre 1965 e 1966, o Presidente Castello Branco, antecessor de Costa e Silva, baixou nada menos que 3 atos institucionais, 36 complementares, 312 decretos-leis e 3.746 atos punitivos.

A Constituição de 1967 teve efêmera duração, reduzida que foi pelo Ato Institucional n. 5, de 13/12/68, o qual reforçou o estado de exceção então vivenciado pelo país. Com efeito, a Junta de Ministros Militares, composta de três membros, outorga em 17 de outubro de 1969 a Emenda n. 1 que, “[...] ao substituir a Constituição de 1967, tornou-se de fato a nova Carta, adaptando os vários atos institucionais e complementares. O Executivo se fortaleceu a pretexto de que seguia critérios universais predominantes” (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 447).

Para Silva (2003, p. 87) “[...] teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado”. Registre-se que esta Constituição manteve formalmente os mesmos direitos e garantias individuais, mas deixava para a lei ordinária a fixação dos termos em que seriam exercidos esses direitos (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 447).

### 1.3.2 A Constituição de 1988

O período de transição da ditadura militar, instalada em 1964, para a Nova República foi um período turbulento e muito doloroso da história brasileira.<sup>101</sup> Sem embargo da existência constante de movimentos e reações isolados contrários ao regime político de exceção então vigente, “[...] somente em 1984 se explicitaram as manifestações da sociedade e a movimentação das organizações associativas como a Ordem dos Advogados do Brasil, as federações e sindicatos de trabalhadores, com o apoio ostensivo da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil” (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 449).

Malgrado as campanhas disseminadas pelo país exigindo as eleições diretas em todos os níveis de governo, o Congresso Nacional rejeita emenda constitucional que restabelecia as eleições diretas para a Presidência da República e, assim, em 15 de janeiro de 1985, Tancredo Neves é escolhido pelo Colégio Eleitoral como o 29º Presidente da República, vencendo o candidato governista Paulo Maluf, por 480 a 180 votos, sob a promessa de restabelecer a normalidade democrática.

Com a morte de Tancredo, assumiu a Presidência da República o então Vice-Presidente, José Sarney, o qual enviou, em 28 de junho de 1985, mensagem ao Congresso

---

<sup>101</sup> O processo de transição, chamado *abertura*, foi lento e gradual, durando cerca de dez anos, contados a partir da reação ao célebre *pacote* de 29 de abril de 1977, em que o Presidente Geisel determinara o recesso do Congresso Nacional.

Nacional propondo a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, que resultou na Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985. Com efeito, no dia 15 de novembro de 1986, o povo compareceu às urnas para eleger os membros da Constituinte,<sup>102</sup> composta por 487 deputados e 72 senadores. No dia seguinte à instalação da Assembléia Nacional Constituinte, em 2 de fevereiro de 1987, o deputado Ulysses Guimarães foi eleito o seu presidente. Após 19 meses de ininterruptos e de intensos trabalhos, em 22 de setembro de 1988 encerra-se o mister da Assembléia Nacional Constituinte, com as votações do segundo turno e a aprovação do texto definitivo da Constituição, que foi promulgada em 5 de outubro.

Apesar de existirem aspectos negativos, os positivos se sobressaem, especialmente no que tange aos direitos e às garantias fundamentais. No pensamento de Silva (2003, p. 89), a Constituição representa “[...] um texto razoavelmente avançado, moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial”.

Ferreira Filho (2003, p. 74; 131) entende que a Constituição Federal de 1988 corresponde a um desenvolvimento das Constituições garantísticas e conformadoras,<sup>103</sup> mas destas se distingue por incluir em seu texto a Constituição política, a Constituição social e a Constituição econômica.

Portanto, com a pretensão de tudo regular, evitando-se a complementação de seu texto pela lei ordinária, foi associada a uma tese em voga à época: a da constituição dirigente,<sup>104</sup> elaborada pelo mestre português Canotilho e cujo principal reflexo apareceu na

<sup>102</sup> Silva (2003, p. 89), assim como vários doutrinadores, entende que na verdade instalou-se um *Congresso Constituinte*, pois que composto por membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

<sup>103</sup> Ferreira Filho (2003) observa que a função estritamente jurídica das Constituições consiste em dar fundamento à ordem jurídica, que se constrói a partir dela e indica que estas se desincumbem de dez funções político-jurídicas diferentes, quais sejam: a) função de garantia (garantir os direitos do homem contra o arbítrio e a opressão do Poder político); b) função organizativa ou estruturante (organizar o Poder e enunciar os direitos fundamentais); c) função limitativa (limitar o Poder a partir da sua organização e da garantia dos direitos fundamentais); d) função procedimental (definir procedimentos a partir de sua organização, e. g., processo legislativo); e) função instrumental (instrumentalizar o Poder a partir da definição de competências, regulamentação de procedimentos e fixação de limites à ação política); f) função conformadora da ordem sociopolítica (ao organizar e limitar o Poder, diretamente o conforma, no sentido de indicar quem governa. Esta função formaliza-se especialmente na definição de princípios); g) função legitimadora (justificar o Poder, tal qual o aceitam os governados); h) função legalizadora (definir o titular, a organização, as atribuições, os limites etc. do Poder por meio de normas jurídicas); i) função simbólica (simbolizar a legitimação por meio da legalização. A institucionalização do Poder pela legalização, ao menos em tese, o legitima. Outro enfoque dado à “Constituição simbólica” refere-se à ineficácia das Constituições ou de normas constitucionais, como por exemplo, as definidoras de direitos sociais, refletindo um divórcio entre o discurso constitucional e a realidade social. Com percuciência, Marcelo Neves trata do tema em sua obra *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, Acadêmica, 1994); j) função prospectiva (dirigir a ação política e mesmo de toda a sociedade para o futuro. Corresponde ao ideal da Constituição *aberta*, ou seja, a orientação, por princípios, da vida social. Exacerbação do papel prospectivo da Constituição é o modelo chamado de *Constituição Dirigente*, que entre nós ganhou acolhida como instrumento visando a implantação do socialismo).

<sup>104</sup> A idéia de *Constituição Dirigente* elaborada e defendida inicialmente com vigor por Gomes Canotilho em sua tese de doutoramento, cuja publicação se deu por meio da obra *Constituição Dirigente e Vinculação do*

*ordem social*. De acordo com o autor, atualmente a Carta é louvada por muitos como um progresso, apesar de existirem severas críticas no sentido de que tenha sido traída em sua aplicação. Indica o jurista como os maiores méritos da Lei Magna a implantação de um regime democrático, o fortalecimento da cidadania e dos direitos fundamentais.

No que concerne aos direitos e garantias fundamentais, na Constituição Federal de 1988 estão as liberdades públicas – primeiras gerações dos direitos fundamentais, os direitos econômicos e sociais – segunda geração e alguns da terceira, como o direito ao meio ambiente e à comunicação. Ainda, nesta Carta se multiplicaram os direitos apresentados como fundamentais, observado que, por força do § 2º do art. 5º, manteve-se a porta aberta para outros, implícitos ou decorrentes de tratados internacionais.<sup>105</sup> No seu texto, incluem-se os direitos e garantias individuais entre as limitações materiais ao Poder Constituinte derivado (inciso IV do § 4º do art. 60), bem como afirmam novas garantias judiciais, como o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), o *habeas data* (art. 5º, LXXII) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI). De outra parte, com o objetivo de dar imediata eficácia aos direitos que consagra, fixou a Lei Fundamental no § 1º do art. 5º, a sua aplicabilidade imediata, ressaltado que “[...] se as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias são dotadas de aplicabilidade direta [...], então é porque os direitos por elas reconhecidos são dotados de densidade normativa suficiente para serem feitos valer na ausência de lei ou mesmo contra a lei” (CANOTILHO, 2003, p. 400).

---

*Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, tendo o autor, entretanto, a partir de sua segunda edição, abrandado o seu posicionamento, não mais concebendo a Constituição como instrumento de revoluções sociais, mas como um ato normativo com menor carga ideológica, reduzido a regulador das relações sociais. Sumariza, destarte, Canotilho (2001, p. XXIX) sua atual posição “a constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais.” Entrementes, destaca-se que a idéia de “Constituição Dirigente” ou “constituição programático-estatal” originariamente defendida pelo autor consiste, de forma sumária, na compreensão da Constituição como valor normativo de caráter vinculante, independentemente da *interpositio legislativa*. O seu papel, portanto, é atuar juridicamente, aspirando um plano global de determinação de tarefas, estabelecendo programas, diretrizes e definindo fins para o Estado e a sociedade. Nessa senda, a Constituição não é mais considerada um simples instrumento de governo, definidor de competências e procedimentos, refutando-se, assim, a tese da não-normatividade das normas programáticas. Diversos juristas pátrios defendem a aplicação da tese da *Constituição Dirigente* para o Brasil, vez que no constitucionalismo brasileiro, antes dos procedimentos (teoria procedimentalista), devem estar sobrepostas as assertivas materiais (teoria substancialista) que efetivem os princípios e valores constitucionais. Oportuno citar, inclusive, que Lenio Luiz Streck criou uma verdadeira *teoria da Constituição Dirigente de países periféricos*, buscando a efetivação da igualdade material em países que só tardiamente ingressaram na era da modernidade. Para o aprofundamento deste assunto, v. *Hermenêutica e concretização da Constituição*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais n. I. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

<sup>105</sup> Esta questão tem pertinência com a matéria acerca da fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais e que é aprofundada no próximo Capítulo.

Além disso, a Constituição de 1988 reforçou o papel do Judiciário, consagrando a inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXXV), fortalecendo a independência da instituição, bem como o papel do Ministério Público, e ampliando e robustecendo os mecanismos de controle de constitucionalidade, inclusive pela inserção da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Incluiu, ainda, vários princípios dotados de forte carga axiológica, tais como o princípio da dignidade humana (art. 1º, III), o princípio democrático (art. 1º, *caput*), o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), dentre outros.

Lafer (2005, p. 12-14) adverte que, tal qual acontece nas Constituições contemporâneas, a inserção dos princípios na atual Constituição como fonte própria do Direito, a par de representar uma contestação ao positivismo jurídico, visa à expansão axiológica da norma, indicando um sentido que se busca imprimir à sociedade brasileira e assinalando, no plano jurídico, a passagem política do regime autoritário para a democracia, em que “[...] o exercício do poder não pode se limitar à perspectiva dos governantes, mas deve incorporar a perspectiva da cidadania”.

Para Torres (2009, p. 8-9), a Constituição de 1988 não proclama o mínimo existencial em cláusula genérica e aberta, limitando-se a estabelecer alguns dispositivos que apresentam correlação com o mencionado direito, como o inciso III do art. 3º, bem como imunizando-o em alguns casos contra a incidência de tributos (incisos XXXIV, LXXII, LXXIII, LXXIV do art. 5º, art. 153, § 4º etc.) e vinculando as receitas públicas às despesas com educação, saúde, pobreza. Cita também o art. 6º, que ao definir os direitos sociais deixa certo espaço para o mínimo existencial. Ainda, destaca que “[...] a jusfundamentalidade dos direitos sociais se restringe ao mínimo existencial”.

Dessa forma, o autor não considera os direitos sociais *lato sensu* como fundamentais, a não ser pelo seu núcleo intangível (*stricto sensu*), o qual, para ele, se confunde com o mínimo existencial. Demais disso, o autor infere que a fonte de legitimidade do mínimo existencial encontra-se na Constituição e que, por isso, não necessita da *interpositio legislatoris* para a sua concretização.

Pelo exposto, no que cuida do mínimo existencial, verifica-se que no “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais” encontra-se inserido o art. 6º, que anuncia genericamente os direitos sociais básicos, não fazendo qualquer menção ao seu conteúdo, o qual deverá ser buscado nos Capítulos que tratam da ordem econômica e social, suscitando dúvidas sobre quais são os direitos sociais existentes fora do *catálogo*, ou seja, fora do Título

II, dispersos no texto constitucional. Oportuno, nesse passo, é a citação do escólio de Sarlet (2007, p. 82), no sentido de que:

A despeito da existência de pontos passíveis de crítica e ajustes, os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumentário que se colocou à disposição dos operadores do Direito, inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento nacional.

Neste estudo, tem-se a oportunidade de observar que, em relação ao mínimo existencial, a Constituição de 1988 trouxe consideráveis avanços sociais em proveito dos mais desfavorecidos. Por meio de uma minuciosa leitura do texto constitucional podem ser extraídos diversos dispositivos que possuem ligação com o mínimo existencial e com as pertinentes medidas assecuratórias. Dado o grande número de dispositivos que tratam da matéria e em razão de fugir ao escopo deste Capítulo apresentá-los, estão eles dispostos no próximo Capítulo, no subitem 2.2.3.4.

### 1.3.3. Análise crítica comparativa das Constituições Brasileiras

A partir da análise comparativa e de *per se* das diversas constituições brasileiras, verifica-se a existência, em maior ou menor grau, de um divórcio entre as normas constitucionais estabelecidas e a realidade social vivenciada, levando ao conseqüência – talvez de maior relevo – da recorrente inefetividade social de suas prescrições, caracterizada pela enorme distância entre a norma escrita e sua aplicação. Tem-se a nítida impressão de que muito se promete nos textos constitucionais, para – além de meramente cumprir uma obrigação formal – conferir, por meio da legalidade, legitimidade ao poder vigente, quase sempre autoritário e muito pouco intencionado em fazer a Constituição realizar-se materialmente, a não ser, excepcionalmente e de forma honrosa, menos intensamente na Carta de 1946 e, mais intensamente, na de 1988. Nessa senda, encontra-se o escólio de Silva (1999, p. 225) de que “[...] certas cartas constitucionais, com aparência formal de constituição, servem para fundamentar regimes de força e autoritarismo”.

Barroso e Barcellos (2006, p. 328) descrevem os quase dois séculos da experiência política e constitucional do Brasil, que medeiam entre a independência até 1988 como um período de “[...] ilegitimidade renitente do poder, de falta de efetividade das múltiplas Constituições e de uma infundável sucessão de violações da legalidade constitucional”. Os aludidos autores responsabilizam esta situação a uma elite de visão estreita e de caráter patrimonialista, que “[...] viciada pelos privilégios e pela apropriação

privada do espaço público, produziu uma sociedade com déficit de educação, de saúde, de saneamento, de habitação, de oportunidades de vida digna”. Ressaltam estes juristas que somente a partir da Constituição Federal de 1988, que traz em sua essência a marca da efetividade, é que foi descortinado o caminho para o desenvolvimento da *nova interpretação constitucional*,<sup>106</sup> cuja perspectiva metodológica é seguida por este estudo, encontrando-se, por isso, amplamente disseminada em todo o seu percurso e que se encontra tratada com particular profundidade nos itens 2.1 e 3.1 deste trabalho.

Nota-se, de outra parte, que houve na história brasileira diversas Constituições, às quais, de seu turno, incontáveis emendas foram adicionadas ao seu texto, situação esta denunciada por Barroso (2001, p. 50), no sentido de que “[...] a fragmentação do itinerário institucional em diferentes Cartas e copiosas emendas jamais permitiu o florescimento de um verdadeiro sentimento constitucional”.<sup>107</sup> No mundo contemporâneo, ante a complexidade das relações sociais e jurídicas, crer em uma Constituição com foros de definitividade soa no mínimo ingênuo; entretanto, as infindáveis emendas aos textos das constituições brasileiras demonstram falta de maturidade política e estabilidade social, uma vez que, freqüentemente, as alterações são forjadas ao sabor de situações efêmeras e contingenciais. No que tange à Carta de 1988, o caráter minudente e detalhista de seu texto por certo tem favorecido a produção constante de emendas, haja vista que até a simples mudança de diretriz na política governamental pode requerer alterações no texto constitucional, a fim de viabilizar, *e.g.*, a implementação da respectiva política, a governabilidade ou a eficiência administrativa.

No que concerne ao mínimo existencial, constata-se que a estréia do princípio social deu-se na Constituição de 1934, retornando de forma mais moderada, nos textos de 1946 e 1967. Representa este fenômeno um “[...] sintoma da imaturidade e fruto da exaltação constituinte, em presença de alguma novidade ideológica, ainda não de todo assimilada, e sujeita, portanto, a retificações posteriores, promovidas quase sempre por via de expedientes

---

<sup>106</sup> A nova interpretação constitucional, fenômeno também conhecido como neoconstitucionalismo, sem abandonar, mas avançando em relação ao método clássico (subsuntivo), busca conferir maior efetividade ao texto constitucional, a partir do conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, que não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que certa tradição exegética lhe pretende dar. Impende registrar que no tratamento desse novo método de interpretação, conforme pretensão deste trabalho, não há como passar ao largo dos seguintes temas: normatividade dos princípios, ponderação de valores e teoria da argumentação.

<sup>107</sup> Para Lucas Verdú (2004, p. 75) o sentimento constitucional “consiste na adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência”. De forma didática, cita-se Barroso (2001, p. 48), o qual conceitua sentimento constitucional como o “resultado último do entranhamento da Lei Maior na vivência diária dos cidadãos, criando uma consciência comunitária de respeito e preservação, como um símbolo superior, de valor afetivo e pragmático”.

supressivos, como efeito de reações conservadoras” (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 421).

Já os trabalhos constituintes que forjaram a Constituição de 1988 parecem ter tido a preocupação em fixar normas de direitos sociais e prever medidas assecuratórias para a sua efetiva implementação, dado o texto final promulgado, mercê da triste experiência das Cartas anteriores que nada ou muito pouco realizaram nessa seara.<sup>108</sup> Destarte, constata-se que as normas de direitos sociais partiram de uma natureza essencialmente programática, percebendo-se a tendência de lhes ser conferida, gradativamente, maior eficácia. “E nessa configuração crescente da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais é que se manifesta sua principal garantia” (SILVA, 2003, p. 463).

Barroso (2001, p. 65), com respaldo em Karl Loewenstein, traz à luz a classificação das Constituições, segundo o seu caráter normativo, nominal ou semântico. A Constituição normativa “[...] é aquela não apenas juridicamente válida, mas que está, além disso, vivamente integrada na sociedade”. Na Constitucional nominal, por sua vez, observa-se um descompasso entre as suas normas e a dinâmica do processo político, em que pese o seu caráter prospectivo e pedagógico, existindo, neste caso, “[...] uma desarmonia entre os pressupostos sociais e econômicos existentes e a aspiração constitucional, a ser sanada com o passar do tempo, pelo amadurecimento esperado”. A Constituição semântica representa tão-somente uma “formalização da situação de poder político existente, para o exclusivo benefício dos detentores de poder de fato, que dispõem do aparato coativo do Estado”. Existindo ou não, este formato de Constituição em nada afeta a vida institucional de um país. Com fulcro nesta classificação, Barroso assim identifica as Constituições brasileiras republicanas:<sup>109</sup> as de 1891, 1934 e 1946 como nominais e as Cartas de 1937, 1967 e 1969 como semânticas. Espera o autor que a Carta de 1988 possa se consolidar como uma constituição normativa, “[...] não apenas válida e vigente, na sua roupagem formal, mas real e efetiva, harmonizada com a História”.

<sup>108</sup> Na sessão solene de promulgação da atual Constituição, em seu discurso, o Senador Afonso Arinos, ao evidenciar a falta de aplicabilidade dos direitos sociais em face das liberdades públicas, com pertinácia, assim se manifesta: “A garantia dos direitos individuais é cada vez mais eficaz e operativa nas Constituições contemporâneas, mas a garantia dos direitos coletivos e sociais, fortemente capituladas nos textos, sobretudo nos países em desenvolvimento e, particularmente, nas condições do Brasil, torna-se extremamente duvidosa (para usarmos uma expressão branda), quaisquer que sejam as afirmações gráficas existentes nos documentos, como este que estamos, hoje, comemorando. Afirmar o contrário é ingenuidade, ilusão, ou falta de sinceridade, quem sabe de coragem. Direito individual assegurado, direito social sem garantia – eis a situação.” (BONAVIDES, ANDRADE, 2008, p. 919).

<sup>109</sup> A Constituição Imperial de 1824, sob este prisma, classifica-se como semântica.

Neste Capítulo, tratou-se acerca da evolução histórica do direito ao mínimo existencial, como uma espécie de direito fundamental social de segunda geração, abrangendo o seu aspecto positivo (*status civitatis*).

No Capítulo II são investigados os contornos da teoria neoconstitucionalista, visto que ela é a âncora, a bússola, onde todo o estudo se baseia. Ainda, mais especificamente, no Capítulo II é analisada a teoria do direito ao mínimo existencial, abarcando a teoria geral dos direitos fundamentais, seus atributos e a estrutura das normas correlacionadas ao mencionado direito. Demais disso, busca-se, além de minudenciar as normas da Constituição de 1988 que têm correlação com o mínimo existencial, adotar classificações que estejam harmonizadas com o enfoque deste trabalho, que é a sua efetividade, a fim de deixar cimentado o terreno para o desenvolvimento da temática nos tópicos subseqüentes. Em suma, o próximo Capítulo versa sobre a compreensão conceitual e teórica do mínimo existencial em sua dimensão prestacional, sempre em harmonia com a teoria neoconstitucionalista.

## CAPÍTULO II

### NEOCONSTITUCIONALISMO: A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria do mínimo existencial é um subsistema da teoria dos direitos fundamentais e tal qual ocorre no âmbito dos direitos fundamentais apresenta as seguintes características mais relevantes: ser normativa, interpretativa, dogmática e vinculada à moral (TORRES, 2009, p. 25-28). A teoria do mínimo existencial é normativa porque não se preocupa com a explicação de fenômenos, mas com a concretização, a eficácia e a validade do mínimo existencial, aliando-se aos aspectos axiológicos e deontológicos. É interpretativa, eis que a interpretação por ela assumida encontra-se em conexão direta com a teoria adotada. A teoria do mínimo existencial, ao interessar-se em concretizar os direitos fundamentais, a partir das fontes legislativas e jurisprudenciais, tem caráter dogmático. Ademais, encontra-se vinculada à moral, sem perder a sua conotação dogmática.

As magistrais lições extraídas da obra de Alexy (2008, p. 434-435), que cuida da teoria dos direitos fundamentais, em conformidade com a Constituição alemã, podem ser transpostas para o caso brasileiro, devendo-se, todavia, guardar alguns temperamentos concernentes à quase inexistência naquela Carta de direitos sociais expressos,<sup>110</sup> diversamente do que acontece com várias constituições estaduais alemãs, que expressamente a eles se referem.<sup>111</sup> Portanto, quando se busca conferir jusfundamentalidade e maior efetividade aos direitos sociais, as conclusões extraídas de sua teoria podem ser ampliadas em relação à Constituição brasileira, haja vista que o texto dessa última inclui normas específicas e expressas tanto atinentes aos direitos sociais quanto à sua aplicabilidade. Significa dizer que à luz das normas do texto constitucional de 1988, quando em comparação com a Constituição alemã, é mais fácil inferir a jusfundamentalidade e a sindicabilidade e, via de consequência, a efetividade dos direitos sociais, sobretudo quando o foco se assenta sobre o mínimo existencial.

---

<sup>110</sup> Na Lei Fundamental alemã, há somente um direito social exposto: “As mães têm direito à proteção e à assistência da comunidade” - art. 6, alínea 4, da Lei Fundamental (LEIVAS, 2002, p. 90).

<sup>111</sup> Falar em direitos fundamentais prestacionais na Constituição alemã significa falar em direitos implícitos, deduzidos dos direitos de liberdade e igualdade formal. Nesse sentido, “[...] uma das discussões mais acaloradas no contexto juspublicístico germânico diz respeito, justamente, à possibilidade de tal dedução. Muitos autores - entre os quais Böckenförde [...] - vêem tal tese dos direitos implícitos com reservas, uma vez que abriria caminho para a invocação do caráter jusfundamental de qualquer postulação, vulgarizando-se e enfraquecendo a teoria dos direitos fundamentais”(GOUVÊA, 2003, p. 111-112).

Registre-se que este estudo tem como base a teoria estrutural dos direitos fundamentais proposta por Alexy (2008, p. 42-43) de caráter empírico-analítico, cujo principal material é a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, e também, de cunho normativo-analítico, cuja idéia guia é a questão acerca da decisão correta e da fundamentação racional acerca dos direitos fundamentais, eis que “[...] a dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais”. Esta tarefa, entretanto, pressupõe clareza tanto em relação à estrutura das normas de direitos fundamentais quanto em relação a todos os conceitos e formas argumentativas<sup>112</sup> relevantes para a fundamentação dos direitos fundamentais.

Neste Capítulo, intenta-se, além de elaborar uma proposta classificatória dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 que têm correlação com o mínimo existencial, dissecar a estrutura das respectivas normas constitucionais em sua vertente prestacional. Ainda, dada a importância da compreensão da teoria neoconstitucionalista para a presente pesquisa, abre-se este Capítulo com o delineamento de seus contornos.

## 2.1 Neoconstitucionalismo como Teoria do Direito e como Filosofia do Direito

Considerando que a abordagem do tema ora proposto, no sentido de analisar a efetividade do mínimo existencial em sua dimensão prestacional a partir da Constituição de 1988 – em que se busca, em essência, maximizar a efetividade do mínimo existencial particularmente no âmbito do Poder Judiciário – dá-se sob a perspectiva do neoconstitucionalismo, nada mais apropriado do que, antes de prosseguir, traçar as linhas mestras do pensamento que a ele se subjaz.

Esclareça-se que a escolha da mencionada abordagem metodológica, para ser utilizada nesta investigação, não se deu de forma aleatória; ao revés, após ampla consulta bibliográfica, foi percebido que o propósito formulado pelo neoconstitucionalismo, de conferir normatividade ao texto constitucional visando à sua concretização, ia ao encontro dos objetivos constantes deste estudo. Nesse diapasão, o neoconstitucionalismo<sup>113</sup> foi selecionado como referencial teórico, em razão de possuir as ferramentas indispensáveis (e suficientes?) à

<sup>112</sup> Sobre o tema, importante a obra de Robert Alexy, *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2005.

<sup>113</sup> Várias nomenclaturas foram sugeridas à teoria que o define: pós-positivismo, neopositivismo, constitucionalismo de direitos, constitucionalismo avançado ou simplesmente paradigma argumentativo, firmando no Brasil, Espanha, Alemanha, Itália e França, mais recentemente, como neoconstitucionalismo (MOREIRA, 2008).

maximização da efetividade do mínimo existencial. Se ele é capaz de cumprir a contento referido desiderato, é outra questão que somente pode ser respondida no decorrer deste trabalho, após o devido aprofundamento da temática.

### 2.1.1 Críticas ao positivismo jurídico

As críticas por parte dos neoconstitucionalistas ao positivismo jurídico, as quais ora se encontram capitaneadas por Dworkin (2002, p. VIII; XIV), dirigem-se, em essência, contra a crença de que os indivíduos ou grupos não podem ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade.

Inobstante a existência de diversas versões, Dworkin (2002, p. 27-29) oferece as seguintes proposições centrais e organizadoras do positivismo jurídico:

- a) a definição do direito é dada como um conjunto de regras, cuja validade não depende de seu conteúdo, mas do seu *pedigree* (maneira como foram adotadas ou formuladas);<sup>114</sup>
- b) a decisão dos casos difíceis (em que não existe nenhuma regra que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão) não se dá mediante a aplicação do direito (o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente, ou seja, em *padrões extrajurídicos*), desde que seja conforme a discricionariedade do julgador;<sup>115</sup>
- c) a afirmação de que alguém tem uma obrigação jurídica é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida, que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa.

<sup>114</sup> Observa-se que a teoria positivista é extremamente formalista. Não tem ela a preocupação com o conteúdo das normas, mas tão-somente com o seu aspecto formal.

<sup>115</sup> Dworkin (2002, p. 50-56) entende que o positivismo, neste caso, utiliza o sentido forte de poder discricionário. Neste sentido significa que o juiz poderá criar os seus próprios padrões de escolha. Já o sentido fraco de poder discricionário configura-se nos casos em que, dentre várias opções postas, o juiz irá escolher uma delas. Ressalta que mesmo no sentido forte de poder discricionário, existe o dever de utilização de padrões de bom senso e equidade nas decisões e, também nesses casos, haverá a necessidade de avaliar os pesos relativos de vários fatores. Sobre este aspecto, a versão pós-positivista rebate com o seguinte questionamento: não é mais racional sopesar princípios colidentes, ou seja, aplicar padrões reputados jurídicos com força cogente do que aplicar padrões extrajurídicos sem força obrigatória que ficam à mercê das preferências subjetivas dos magistrados?

Leivas (2002, p. 30-31), com percuciência, sumariza assim os três dogmas do positivismo que para Dworkin são incompatíveis com o seu modelo idealizado de princípios: a) a exigência de uma norma de reconhecimento elaborada por Hart; b) a tese da discricionariedade judicial; e c) a tese que sustenta que somente existe obrigação jurídica quando uma regra estabelecida impõe uma obrigação.

Dworkin (2002, p. 27-33) invoca a lição de Hart para explicar, à luz do positivismo, porque uma regra é obrigatória. Parte da distinção elaborada por Hart de regras primárias e regras secundárias, em que aquelas são as que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade, e estas, são as que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas, ou seja, são regras que dispõem sobre outras regras. Para Hart, uma regra pode ser obrigatória ou porque é aceita (aspecto social) ou porque é válida (aspecto jurídico), observado que a validade da regra (primária) depende do seu reconhecimento por uma regra secundária, que estipula como as regras jurídicas devem ser identificadas (regra de reconhecimento).<sup>116</sup> Assim, a validade das regras primárias depende do seu reconhecimento como tal por uma regra secundária. Em outros termos, é possível asseverar que as regras primárias são válidas, independentemente de seu conteúdo, se são elaboradas ou transformadas em consonância com os procedimentos ditados por uma regra secundária.

Em suma, Dworkin (2002, p. 36) esclarece que, particularmente nos casos difíceis, o positivismo mostra-se como uma teoria insuficiente para resolvê-los, pois recorre a padrões externos ao direito. Nessa conformidade, ele é um modelo elaborado especificamente para um sistema de regras.

Nesse diapasão, infere-se como plenamente justificável procurar um modelo interpretativo que se oponha ao positivismo, como o neoconstitucionalismo, haja vista que a teoria positivista admite que apenas as regras tenham força normativa, ou seja, para esta teoria afirmar que alguém tem uma obrigação jurídica é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida, assim considerada aquela que, independentemente de seu conteúdo, foi adotada da forma prevista pela legislação. Sob este aspecto, não se pode descurar, ainda, que não há como tratar da efetividade do mínimo existencial com desprezo pelo conteúdo das normas que fundamentam esse direito, eis que a sua fundamentalidade advém, não somente do fato de estarem as respectivas normas dispostas no texto constitucional, mas sobretudo em razão de sua substância ou conteúdo. Da substância dessas normas é possível extrair decisões

---

<sup>116</sup> Para Hart, a regra de reconhecimento é uma regra social constituída pelo comportamento partilhado pelos membros de uma comunidade particular, como os juizes e outras autoridades públicas (DWORKIN, 2002, p. 99).

jurídicas fundamentais acerca do Estado, da sociedade e do homem. Em seu âmbito encontram-se inscritos os objetivos essenciais do Estado, a promoção de uma sociedade mais igualitária e a proteção da dignidade do ser humano, em que se insere, não sendo exagerado mencionar, a própria felicidade e realização das pessoas.

Partindo-se do pressuposto que o mínimo existencial é extraível das normas constitucionais de direitos sociais e do princípio da dignidade humana, cujo caráter é notadamente principiológico, a fim de que seja dada efetividade a essas normas faz-se mister a utilização de métodos interpretativos que confirmem força normativa aos princípios.

Desta feita, conforme observa-se pelos aspectos gerais expostos, não foi uma tarefa ingente chegar ao neoconstitucionalismo, cuja teoria além de acatar a normatividade dos princípios, preza de forma especial o conteúdo das normas e os valores que as embasam. Além do mais, essa teoria pode prestar um importante auxílio na solução dos *hard cases*, em que as concepções valorativas inseridas nos princípios, a fim de que possam ser trazidas à luz, exigem métodos interpretativos particulares e diferenciados.

### 2.1.2 O Neoconstitucionalismo como *nova interpretação constitucional*

André Ramos Tavares, prefaciando a obra de Moreira (2008, p. 11-12), destaca que, sob o rótulo do *neoconstitucionalismo*,<sup>117</sup> verifica-se um agrupamento de conceitos e teorias de diversos matizes e que posiciona o Judiciário como protagonista da idéia central de Estado Constitucional Social de Direito. Este movimento que percebe o Direito como instrumento de transformação e correção da sociedade, por meio do oferecimento de respostas a problemas complexos, aposta no Judiciário e, especialmente, na Justiça Constitucional, como *garante do conteúdo material das normas constitucionais*, mediante a adoção de uma postura ativa. Nasceu, assim, o neoconstitucionalismo com a pretensão de ser uma teoria do direito que almeja estar intimamente ligada à prática jurídica, como fruto da convergência entre duas tradições constitucionais distintas: a alemã e a americana,<sup>118</sup> cujo cerne de ambas é representado por um constitucionalismo garantidor do denso conteúdo material das normas constitucionais. E como teoria do direito formula novas propostas de teoria da interpretação

<sup>117</sup> O conceito e os contornos do neoconstitucionalismo ainda estão longe de ser unívocos, embora sobre a proposta de teoria do direito as convergências sejam bem maiores, a ponto de se poder falar em relativa aceitação do neoconstitucionalismo teórico. Há elaboração doutrinária favorável e defensiva de autores espanhóis, italianos e franceses em relação ao neoconstitucionalismo.

<sup>118</sup> Moreira (2008, p. 69-70) adverte sobre os perigos de se importar teorias jurídicas sem adequá-las às especificidades da realidade brasileira: “[...] as tentativas de encaixar a realidade brasileira em um modelo estrangeiro complexo sem adaptações podem constituir-se em um erro metodológico estrutural”. Dessa forma, o aludido autor propõe construir a teoria neoconstitucionalista voltada para o contexto brasileiro.

(*sobreinterpretação*), de teoria da norma, transformada após o uso da ponderação, de teoria das fontes do direito, a fim de explicar, de forma adequada, “[...] o modelo de teoria do direito representativo das práticas constitucionais contemporâneas” (MOREIRA, 2008, p. 15-19).

Entretanto, a expressão “neoconstitucionalismo” não é empregada nos Estados Unidos ou na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado notadamente na Espanha e na Itália, com grandes repercussões no Brasil, sobretudo depois da ampla divulgação da coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo (s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell e publicada na Espanha em 2003 (SARMENTO, 2009, p.1).

Se por um lado há doutrinadores que compreendem o constitucionalismo apenas em sua perspectiva de teoria do direito (*neoconstitucionalismo teórico*),<sup>119</sup> por outro, há os que vão além, propondo uma revisão completa, por meio da inclusão, ao lado da teoria do direito, da filosofia do direito e da filosofia política (*neoconstitucionalismo total*).<sup>120</sup> Neste estudo, a abordagem engloba o neoconstitucionalismo como teoria do direito e como filosofia do direito, haja vista que, sob este último aspecto, cuidam-se de questões próprias deste ramo do conhecimento, como a razão prática e a relação do direito com a democracia e com a teoria da justiça.

Moreira (2008, p. 18), lastreado pela construção de eminentes jusfilósofos, como Carbonell (2003),<sup>121</sup> Figueroa (2003),<sup>122</sup> Ariza (1999),<sup>123</sup> Alexy (2008) e Prieto Sanchís (1999),<sup>124</sup> compreende o neoconstitucionalismo como um *novo paradigma do direito*, pois, mais do que a superação de uma metodologia jurídica, busca mudanças na forma de pensar, intentando superar o debate entre positivistas (direito avalorativo) *versus* jusnaturalistas (direito impregnado de valores carregados por preferências pouco científicas ou por uma ética de valores espiritualistas), tomando, para tanto, uma teoria do direito que tem como foco

<sup>119</sup> O neoconstitucionalismo teórico parte da Constituição e é concebido preocupado com a eficácia jurídica, por isso muito próximo ao plano pragmático.

<sup>120</sup> Comanducci *apud* Duarte (2006, p. 24-25) distingue três formas de neoconstitucionalismo, partindo dos três sentidos de positivismo proposto por Bobbio: a) neoconstitucionalismo teórico: caracterizado por uma Constituição *invasora*, pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença na Constituição de regras e princípios, e por peculiaridades da interpretação e da aplicação das normas constitucionais em relação à interpretação e à aplicação da lei; b) neoconstitucionalismo ideológico: caracterizado pela valoração e defesa e ampliação do processo de constitucionalização, destacando a importância dos mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais; c) neoconstitucionalismo metodológico: caracterizado pela função valorativa e prescritiva do direito, identificando-o e justificando-o a partir da conexão necessária entre direito e moral, em contraponto ao positivismo metodológico marcado pela função descritiva do direito.

<sup>121</sup> Cf. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003.

<sup>122</sup> Cf. La incidencia de La derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de derecho. *Diritto & Questioni Pubbliche*, n. 3, 2003.

<sup>123</sup> Cf. *Ciência jurídica positiva y neoconstitucionalismo*. Madrid: Mac Graw Hill, 1999.

<sup>124</sup> Cf. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Distribuciones Fontamara, 1999.

central a Constituição.<sup>125</sup> Transmuda-se de um “[...] direito em que as normas ditam o que fazer para um direito em que os princípios indicam o que se pode fazer”. Dessa forma, o neoconstitucionalismo “[...] é uma teoria do direito preocupada em transformar o que não deve ser e com a pretensão de corrigir aquilo que racionalmente pode ser aperfeiçoado (idéia do ‘poder ser’)”, estando, portanto, estruturalmente embasado em formações de índole construtivista, racional-ponderadora e argumentativa.

Moreira (2008, p. 37-38) destaca as conseqüências primárias da adoção deste novo paradigma teórico:

- a) submissão de todos os poderes públicos e privados à Constituição;
- b) efetividade de todos os direitos, inclusive os sociais e os prestacionais, antes relegados a um segundo plano, preteridos no discurso dos custos orçamentários e das normas programáticas e de eficácia limitada frente aos direitos de primeira geração;
- c) reconfiguração das noções clássicas de poder constituinte e soberania constitucional pela influência exercida pela superestrutura jurídica representada pelo plano internacional em que se encontram as propostas de Constituições continentais e o Direito Comunitário.

Verifica-se que os fundamentos epistemológicos do neoconstitucionalismo passaram a exercer forte influência no pensamento constitucional contemporâneo, impondo um novo paradigma hermenêutico, especialmente devido à reaproximação entre Direito e Moral, à inserção do método de interpretação especificamente constitucional e à centralidade dos direitos fundamentais, incorporando os avanços da filosofia da linguagem, da hermenêutica filosófica, da teoria da argumentação e do discurso racional. Outrossim, na teoria da constituição, passou-se a empregar o termo *neoconstitucionalismo* para caracterizar esse novo momento constitucional.

Com respaldo em Guastini, Moreira (2008, p. 73-80) elenca alguns pressupostos, de natureza formal e material, necessários para que o neoconstitucionalismo seja cumprido:

- a) pressupostos formais, que já se encontram presentes no constitucionalismo, quais sejam: a.1) a existência de uma Constituição rígida; a.2) a presença de uma jurisdição constitucional; a.3) a força vinculante da Constituição; a.4) a supremacia da Constituição;

---

<sup>125</sup> Barroso (2005, p. 3-4) entende que o marco filosófico do neoconstitucionalismo é o pós-positivismo, no sentido de que este último busca a superação do jusnaturalismo e do positivismo, indo além da legalidade estrita, mas sem desprezar o direito posto; empreendendo uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Destaque-se que este estudo adota o neoconstitucionalismo de forma ampla (como teoria do direito e como teoria filosófica), não centralizando o foco, entretanto, quanto às possíveis diferenças existentes entre o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo.

b) pressupostos materiais: b.1) a aplicação direta das normas constitucionais; b.2) a sobreinterpretação; b.3) a interpretação conforme a Constituição; b.4) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

A Constituição Federal de 1988 é sabidamente rígida, pois além de exigir *quorum* qualificado para a sua alteração, possui cláusulas pétreas que tornam imutáveis certas normas e princípios (art. 60, § 4º). Moreira (2008, p. 75) considera a Constituição como contrato social da era contemporânea e destaca que, para os países que se encontram em posições mais consolidadas de consciência e exercício democráticos, é exigido o consenso popular para a alteração do texto constitucional. Ressalta o autor, ainda, que se por um lado o neoconstitucionalismo, a partir da rigidez constitucional, propugna por transformações sociais, por outro, impede o retrocesso social.

A jurisdição constitucional é considerada pelo neoconstitucionalismo como instrumento garantidor da força normativa do texto constitucional. Dado que o controle de constitucionalidade das leis no Brasil é misto (controle abstrato, controle concreto e, excepcionalmente, o controle preventivo,<sup>126</sup> envolvendo não apenas o Tribunal Constitucional, mas todos os órgãos do Poder Judiciário, a jurisdição constitucional deve ser vista com certo temperamento em relação a outros países que defendem o neoconstitucionalismo, uma vez que há um incremento democrático indiscutível dos intérpretes e aplicadores da Constituição, que possivelmente exerce influência nas decisões do STF (MOREIRA, 2008, p. 78).

A Constituição possui força vinculante como um todo e, notadamente, em relação aos direitos fundamentais são estes exigíveis independentemente de lei reguladora infraconstitucional. Este pressuposto é de extrema relevância, principalmente no que concerne aos direitos sociais, pois em razão de sua estrutura normativa, pelo menos *prima facie*, são comumente considerados inábeis na produção de qualquer eficácia social ante a dificuldade em extrair-lhes um conteúdo material mínimo que seja de pronto realizável.

A Constituição, como regeadora do ordenamento jurídico e do estatuto político do Estado, situa-se em plano superior às demais normas sob os aspectos formal e substancial. Por isso, em razão de sua supremacia, todas as leis devem se conformar às suas determinações.

Da combinação desses quatro pressupostos formais assinalados, Moreira (2008, p. 80) esclarece que o Brasil, após a Constituição de 1988, começou a construção do novo constitucionalismo fortalecido, o qual:

---

<sup>126</sup> O controle preventivo de constitucionalidade das leis refere-se àquele realizado pelo STF, em mandado de segurança, impetrado por parlamentar em face da proposta de emenda à Constituição que viole cláusula pétreas, visando a interferir no trâmite legislativo.

consolidou-se com a afirmação da supremacia da Constituição e a rigidez constitucional, garantidos pela jurisdição constitucional, que defende e promove com força vinculante os direitos fundamentais, que estão previstos nas Constituições contemporâneas avançadas.

No que concerne aos pressupostos materiais, destaca-se primeiramente a sobreinterpretação, como a interpretação no neoconstitucionalismo voltada para as normas constitucionais. Assim, toda decisão legislativa (ao sujeitar-se ao controle de constitucionalidade) e toda decisão judicial (ao colmatar as lacunas legislativas) estão pré-reguladas por uma norma constitucional. Moreira (2008, p. 82) assevera que a sobreinterpretação, como vinculação ao texto constitucional, dá-se das seguintes formas:

*De forma direta* quando a decisão judicial se baseia em um princípio ou qualquer norma constitucional, aplicada no caso – mencionando-se o dispositivo constitucional. Aí aparece a Constituição concretizada. A sobreinterpretação é *indireta em dois momentos*. *No primeiro*, por um juízo negativo sempre presente, que ocorre quando não se faz menção a uma inconstitucionalidade, o que significa que o dispositivo legal que fundamenta a decisão passou por um juízo negativo com sucesso; em confronto com as normas constitucionais, o dispositivo legal, base para a decisão, sobreviveu – não é com a Constituição incompatível –, juízo antecedente ao próprio exame do mérito concreto. *No segundo momento é indireta a interpretação constitucional*, por um juízo finalístico, já que toda decisão deve cumprir a Constituição e se orientar pelos objetivos nela destacados. Em tese, toda decisão deveria orientar-se por atender a um fim constitucional. *Desses três exercícios de hermenêutica – direto, indireto negativo e indireto finalístico – é que se extrai a inescapável conclusão de que toda interpretação jurídica é antes de tudo uma interpretação constitucional.* (Grifos do autor)

Em matéria de interpretação constitucional, o neoconstitucionalismo não defende uma pureza metodológica, mas sim o uso, desde que argumentativamente justificado, das metodologias mais aptas a defender e tornar efetivo o texto constitucional. Como os problemas levados ao STF abarcam questões multidisciplinares, o conhecimento das várias metodologias de interpretação constitucional auxiliará no alcance da melhor solução para o caso concreto (MOREIRA, 2008, p. 87).<sup>127</sup>

No que concerne à aplicação direta das normas constitucionais, como pressuposto material, é esta o reflexo direto da força normativa da Constituição. Por isso, aconselha-se a leitura do que foi dito sobre este pressuposto formal. Em relação aos direitos fundamentais, faz-se mister a menção ao § 1º do art. 5º da CF, que é analisado no item 2.2.2.

Para o neoconstitucionalismo, a interpretação conforme a Constituição tem três significados distintos. O primeiro, o de interpretar as leis à luz da Constituição. O segundo sentido, mais comumente utilizado, é o da interpretação conforme com mais de uma hipótese interpretativa, em que o Tribunal competente dirá qual delas está mais harmonizada com o

<sup>127</sup> Tendo em vista este posicionamento adotado pela teoria neoconstitucionalista é que justifica, no âmbito deste trabalho, o estudo dos métodos interpretativos elaborados por Dworkin e Alexy, objetivando conferir maior efetividade ao mínimo existencial.

texto constitucional. No terceiro, trazido pelo neoconstitucionalismo, é verificado somente no caso concreto, quando, excepcionalmente, os efeitos da regra são retirados, por uma situação não prevista (*post factum*), denominado como “derrotabilidade da regra”.<sup>128</sup> Na verdade, o legislador não consegue imaginar todos os possíveis efeitos que a norma possa produzir, assim, quando do exame de um caso concreto for observado um efeito produzido pela norma em contraposição ao disposto na Constituição Federal, a interpretação da norma que levou a esta consequência deve ser excluída para acatar-se outra que seja conforme a Constituição (MOREIRA, 2008, p. 89).

De seu turno, a influência da Constituição sobre as relações políticas tem como consectário a possibilidade de controle judicial das políticas públicas determinadas pela Constituição, fenômeno este conhecido como *judicialização da política*, visto que é por meio deste controle que o gasto público é fiscalizado. Apesar de não ser a única forma de controle, eis que os Tribunais de Contas, o Ministério Público e a participação popular, democrática e deliberativa, também podem fazê-lo, o Poder Judiciário, para o neoconstitucionalismo, é relevante vetor da democracia. A execução das políticas públicas fora dos parâmetros exigíveis pela CF, inclusive no que concerne ao princípio da eficiência, deve ter os seus rumos retificados, prioritariamente à descoberta ou punição dos respectivos responsáveis. Destacado que a correção das políticas públicas pelo Judiciário não consiste em fazer política, mas em traçar os seus rumos, as suas diretrizes, sempre em conformidade com a Constituição (MOREIRA, 2008, p.129-136).

Constata-se, pelo exposto, que este novo paradigma rompe com muitas das idéias defendidas pelo positivismo jurídico<sup>129</sup> (não deve ser confundido com positivismo

<sup>128</sup> Não se trata de ponderar regras – efeito exclusivo dos princípios –, mas de aceitar, por meio da interpretação conforme a Constituição, a sua derrotabilidade (MOREIRA, 2008, p. 95).

<sup>129</sup> A partir da resposta de Hart às críticas formuladas por Dworkin, surgiu o positivismo inclusivo (moderado, abrandado) em confronto ao existente positivismo exclusivo (duro, inflexível). Este último, defendido por Kelsen, Ross e Bobbio, propugna a completa separação entre o direito e a moral, a neutralidade do observador e a validade do direito garantida pela autoridade competente, reconhecida e aceita como tal. Os princípios jurídicos não são destacados por si e não há pretensão de correção do direito. A sanção é o principal elemento do direito. O primeiro, o positivismo inclusivo, abranda as características do segundo. Hart foi o seu principal adepto e defende que, apesar de não haver conexão necessária entre direito e moral, excepcionalmente esta conexão pode existir. É reconhecido, assim a penetração da moral no tecido jurídico, sobretudo pela via dos princípios constitucionais. Contudo, os princípios têm natureza supletiva, só sendo utilizados nas omissões da lei e, nesse caso, devido ao seu caráter jurídico devem produzir efeitos no mundo concreto. Duarte (2006, p. 48-49) assevera que a pedra de toque que diferencia o positivismo inclusivo do positivismo exclusivo é que, os critérios morais de legalidade em um sistema jurídico, para o primeiro, pertencem ao sistema jurídico pois dependem de uma regra social ou convencional (regra de reconhecimento) constante do mesmo sistema jurídico; para o último, estes critérios não pertencem ao sistema jurídico, pois a regra de reconhecimento é determinada exclusivamente por fontes sociais. Em suma, para o positivismo inclusivo, a produção de certos argumentos morais é autorizada pelo próprio sistema jurídico; já o positivismo exclusivo entende que o fato social (ou convenção) e a produção de argumentos morais são duas instâncias separadas e com distinta origem.

científico),<sup>130</sup> presentes em autores como Jeremy Bentham (1748-1821), John Austin (1790-1859), Hans Kelsen (1881-1973), H.L.A Hart<sup>131</sup> (1907-1992), Alf Ross (1899-1979), dentre outros. A dicotomia entre Direito e Moral arduamente defendida por Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito*, assim como a insistência em confundir legalidade com legitimidade e vigência com validade, são idéias criticadas pelo pensamento neoconstitucionalista.

A partir da definição dos limites e características deste constitucionalismo avançado, constata-se que as teorias do direito<sup>132</sup> tradicionais são insuficientes para dar respostas eficazes aos problemas complexos do mundo atual globalizado e em constante evolução. Atualmente, a teoria do direito exigida, não é meramente descritiva, mas sim “[...] prática, real, útil, com uma concretude preocupada com a eficácia verificável exposta pela prática, isto é, a decidibilidade constitucional, entendida como o conjunto de técnicas de decisão em matéria constitucional e que norteiam a prática forense, como as decisões do STF” (MOREIRA, 2008, p. 35).

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo ao colocar a Constituição Federal no vértice do ordenamento jurídico, como um modelo axiológico e aberto de normas, cujas espécies são as regras e os princípios, procura atingir a máxima efetividade de seu texto lançando as bases da nova hermenêutica principiológica. Partindo-se do pressuposto de que os princípios não são despídos de valores, exige-se para a sua adequada interpretação a união entre direito e moral.

Desta feita, a Constituição Federal é considerada um sistema aberto de regras e princípios, não prescindindo de conteúdos normativos e extra-normativos, sendo dotada de amplo arsenal axiológico. A constituição aberta corresponde, em síntese, para Castro (2003, p. 32):

<sup>130</sup> Os critérios positivistas de cientificidade propõe enfoque científico firmemente apoiado nos fatos empíricos. Implantou-se na primeira parte do século XIX, na França, com Augusto Comte.

<sup>131</sup> Hart, substituído em sua cátedra em Oxford por Dworkin (nascido em 1931), reconhece em sua obra *Post Scritum al concepto del derecho* a procedência da crítica que lhe fora feita por Dworkin, com relação ao tratamento dado aos princípios, haja vista que, até então, ele, em seu livro *O conceito de Direito* não atribuíra força normativa aos princípios, apesar de considerá-los normas jurídicas ao lado das regras e dos procedimentos.

<sup>132</sup> Moreira (2008, p. 30-31) traz a seguinte evolução histórica do constitucionalismo vinculada à evolução da teoria do direito: a) no constitucionalismo antigo: correspondente ao período monárquico; b) no constitucionalismo moderno liberal: prevalência do positivismo de conteúdo liberal frente ao jusnaturalismo; c) no constitucionalismo social: adoção do positivismo jurídico e do realismo jurídico, ressaltando a dimensão sociológico e empírica do direito; d) no constitucionalismo do pós-Segunda Guerra: elaboração das constituições democráticas por normas de natureza principiológica em torno da jurisdição constitucional, passando as teorias do direito por um positivismo exclusivo e inclusivo, até chegar ao neoconstitucionalismo; e) neoconstitucionalismo total: novo paradigma, que é, simultaneamente, teoria e filosofia do direito, com aceção nova e rigorosa da teoria da interpretação, da teoria da norma, da teoria das fontes e do sistema corretivo e maximizador dos direitos fundamentais.

[...] a inclusão cada vez mais expandida dos direitos sociais e econômicos nas Cartas Políticas editadas a partir do primeiro pós-guerra foi responsável por um verdadeiro *choque temático nos diplomas constitucionais*, que passaram a agrupar as duas grandes acepções dos direitos humanos (liberal e social) [...] com a consequência de colocar na ordem do dia do dirigismo constitucional o perene desafio da *efetividade* de ambos. (Grifou-se).

Destarte, o positivismo jurídico representa uma concepção do direito que permite sua aplicação despida de valores humanos. Assim, a formulação proposta pelo positivismo jurídico sofre duras críticas sobretudo após a Segunda Grande Guerra, conforme demonstrado no Capítulo precedente, onde se passa a defender a relevância dos direitos humanos e dos direitos fundamentais na aplicação do direito. Portanto, a segunda metade do século XX é marcada por uma preocupação com os valores, que agora devem ser considerados na ordem jurídica.

Moreira (2008, p. 36) menciona as falácias do jusnaturalismo e do positivismo jurídico como sendo, em relação ao primeiro, a pretensão de guiar o direito pelo dever-ser, pelo Estado ideal, e, quanto ao segundo, a defesa do direito como ele é, impedindo-o de ser um propulsor de transformações sociais. Já o “[...] poder ser, defendido no neoconstitucionalismo, orienta-se dentro do sistema conduzindo a respostas práticas. O momento da ponderação é de especial interesse para o poder ser, pois se aproxima do estado de transformação, que pode ser promovido pelo princípio constitucional prevalecente”.

Com efeito, o neoconstitucionalismo aposta em princípios, os quais passam a colmatar as possíveis lacunas do sistema jurídico e cuja valoração é elaborada pelo discurso, pelo argumento e pelo convencimento. Portanto, as Constituições contemporâneas democráticas, ao conferir normatividade aos princípios, elevou-os à posição de proeminência no sistema jurídico, estatuidando a técnica de ponderação para a solução de conflitos entre eles. Duarte (2006, p. 23), ao ressaltar as regras e os limites do Estado constitucional democrático de direito, assim se manifesta:

As regras e os limites que definem o Estado constitucional democrático de direito, inseridas desde uma dimensão de *garantias normativas*, além de constituírem precedente e determinadamente sua organização e funcionamento democráticos, apontam para a necessidade da institucionalização de uma *metódica constitucional* capaz de dar conta, entre outras tarefas, da justificação jurídica que inclui a pretensão de correção normativa ou a retitude material das normas na estrutura do juízo ponderativo constitucional. (Grifos do autor).

De seu turno, Barroso (2006, p. 47) esclarece que o compromisso com a efetividade das normas constitucionais só pôde evoluir com a dogmática da teoria dos princípios e com o consequente exercício da ponderação de direitos fundamentais. Não se desconhece que a ampliação da utilização dos princípios constitucionais pode levar a um

temido alargamento da discricionariedade na interpretação e na aplicação do direito, mas estas tarefas não são arbitrárias ou libertas de qualquer parâmetro abalizador, eis que estão situadas no âmbito de uma teoria da argumentação lastreada pelo pensamento racional (MOREIRA, 2008, p. 36-37; 93-94).

A argumentação serve de baliza estruturante para a ponderação no caso concreto entre direitos fundamentais em conflito. Com a técnica da ponderação todas as normas disputam espaço entre si, perdendo importância prática a classificação da eficácia das normas constitucionais, visto que destas, nenhuma fica relegada à inefetividade ou pode ser considerada absoluta ou plenamente exercitável *a priori*, já que o exercício da ponderação relativiza os direitos fundamentais.

Por conseguinte, enquanto no positivismo são as leis gerais que devem ser desvendadas para ressaltar as regularidades, o neoconstitucionalismo procura solucionar os *hard cases*, considerados verdadeiros *ruídos* na seara jurídica. Nesse diapasão, é a lição de Engelmann (2001, p. 165-166), *in verbis*:

Não há como atingir esta pretensa segurança e previsibilidade, nos moldes preconizados pelo positivismo jurídico, porque o Direito trabalha com os acontecimentos da vida que envolvem as vicissitudes da ação humana. Isso ocorre porque o direito ‘pertence a uma categoria de realidades dadas por paulatina evolução das sociedades’. Dessa feita, os grupos sociais atuais, onde o direito retira o seu produto de atuação, estão envolvidos numa ‘inabarcável complexidade causal que impossibilita, por completo, explicações integralmente lógicas ou racionais’. A par dessa riqueza fática produzida pela sociedade, as construções abstratas e formais prévias das regras jurídicas apresentam-se insuficientes para abranger todos os casos concretos.

Assim, a fundamentação do direito não se compraz com a *razão teórica* propugnada pelos positivistas, mas com a *razão prática*, adotada pelo neoconstitucionalismo, em cujo conteúdo se encontram os princípios.<sup>133</sup> Estes, importantes para o raciocínio jurídico,

---

<sup>133</sup> Nota-se um certo entrelaçamento conceitual entre *razão teórica/razão prática* e a *razão pública* proposta por Kant no articulado intitulado *O que é esclarecimento?*, cuja concepção encontra-se amparada no uso público da razão, em termos ideais. A razão pública kantiana busca a liberdade de expressão que seja capaz de produzir, em um espaço público onde haja intercâmbio de idéias, um modo de pensar autônomo/livre e crítico, em que o conhecimento adquirido (aspecto teórico) seja aplicado, inclusive, para mudar a realidade vigente (aspecto prático). Assim, para o filósofo, a liberdade de expressão pública das idéias pelo homem sábio e instruído, além de buscar o aperfeiçoamento do estado de coisas vigente, conduz ao esclarecimento e este, por sua vez, representa a saída do homem de sua menoridade (incapacidade do homem de fazer uso de seu próprio entendimento ou raciocínio sem a direção de outro indivíduo). Demais disso, o exercício público do pensamento livre e crítico torna o homem cada vez mais capaz de agir em conformidade com essa liberdade e, conseqüentemente, a ser tratado, sobretudo pelo governo, outrora seu “tutor”, “de acordo com a sua dignidade”. Constata-se que a produção do *esclarecimento* tem íntima correlação com a efetividade do mínimo existencial, eis que somente os membros de uma sociedade, cômicos de seus direitos cobrarão do governo o seu respectivo cumprimento; e o governo, de seu turno, somente se empenhará em cumprir os direitos em uma sociedade, cujos membros saibam de sua existência e exigibilidade. Significa dizer que a razão pública, promovendo progressivamente o esclarecimento dos membros de uma sociedade, é capaz de propiciar um ambiente de maior respeito em relação à efetividade dos direitos. Compreende-se que a interligação entre a concepção de Kant e o escopo deste estudo pode ser assim sumarizada: o esclarecimento,

são capazes de atender às atuais complexidades sociais. A consideração do Direito como um *sistema de regras e princípios*, sob a vertente neoconstitucionalista, aplicado de modo a respeitar as características do caso concreto, mostra-se como a solução mais adequada. Lembrando que para Canotilho (2003, p. 1.163), “[...] os princípios têm uma função normogénica e uma função sistémica”, pois que se constituem em fundamento de regras e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite cimentar objetivamente todo o sistema constitucional. Ressalta-se, ademais, que, sob o aspecto epistemológico, na medida que o estudo do direito se concentra não apenas em normas, mas também em princípios, lançam-se as bases para a superação do normativismo, “[...] porque se centra a atenção ou a discussão mais no conteúdo que nos aspectos formais” (MUNOZ *apud* ENGELMANN, 2001, p. 112). Imperioso é destacar que a efetividade das normas pondera, ainda, os valores e as tendências comportamentais da sociedade.

Moreira (2008, p. 38-39), ao ressaltar a superação dos paradigmas teóricos anteriores ao surgimento do pensamento neoconstitucionalista, assim destaca as principais características desta teoria do direito:

a) invasão da Constituição em todos os campos jurídicos e nos diversos planos estatal-nacionais;

b) proeminência do Poder Judiciário,<sup>134</sup> como consequência do vínculo entre o direito real e pragmático com a nova proposta teórica;

---

alcançado por meio da razão pública, exclui o homem de sua situação de menoridade, promovendo o tratamento respeitoso por parte do governo e criando no contexto social um ambiente propício para a efetivação dos direitos humanos. Ainda, nesse contexto, não se pode descurar acerca da visão habermasiana que interliga as concepções de *razão pública e esfera pública* (ou espaço público). Habermas (2003b, p. 92), o pensador de uma terceira instituição típica do atual mundo capitalista, além do mercado e do Estado, que é a “esfera pública”, descreve esta última como “uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posições e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos”. Segundo Habermas, é no âmbito da esfera pública, marcada pela tensão entre a validade das normas e a facticidade da realidade social, que a idéia de normatização legítima pode ser alcançada mediante um procedimento de racionalidade prática (razão pública) e pela adoção de um modelo deliberativo de democracia levados a efeito pelo próprio cidadão. Adverte Silva (2001, p. 130) que a teoria da ação comunicativa proposta por Habermas substitui a razão prática (kantiana) por uma razão comunicativa, cujo diferencial encontra-se no fato de que esta última remete, “não para o nível do agente social individual nem para o plano do actor social colectivo, mas para o domínio da linguagem corrente quotidiana que estrutura as formas de vida social e possibilita a interacção simbólica entre os diversos actores sociais.”

<sup>134</sup> Ao exigir uma posição mais ativa do jurista e do juiz, o neoconstitucionalismo põe o intérprete mais preocupado com o resultado e não tanto em manter a sua neutralidade, tornando-o, inclusive, mais voltado à função humanizadora do direito. No positivismo jurídico, a pretensa neutralidade do intérprete o fez, inclusive, calar-se diante das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial (MOREIRA, 2008, p. 60-61).

c) revisão completa da teoria da interpretação, da teoria da norma e da teoria das fontes, ampliando-se o papel da hermenêutica constitucional e da argumentação jurídica;

d) ênfase nos direitos fundamentais e na força normativa dos princípios e, via de consequência, na força normativa do próprio texto constitucional;

e) uso da ponderação para a solução de conflitos entre princípios e direitos fundamentais;

f) utilização do raciocínio jurídico não só no domínio de aplicação judicial, mas também no âmbito das opções legislativas e das políticas públicas.

De sua parte, Duarte (2006, p. 63-73), com o auxílio de Figueiroa e outros autores espanhóis e italianos, como Sanchís, Ariza, Comanducci e Guastini, condensa alguma das propriedades da natureza do paradigma neoconstitucionalista:

a) pragmatismo: evidencia-se pela necessidade de conferir-se prioridade ao caráter prático da ciência jurídica em relação à sua apresentação como um estudo de caráter científico;

b) ecletismo (sincretismo) metodológico: o paradigma neoconstitucional, por envolver a hermenêutica e a aplicação da Constituição Federal, exige um conjunto de metodologias que se interconectam, com vistas a uma maior efetividade operativa;

c) principialismo: a conexão do direito com a moral é expressa no neoconstitucionalismo por meio dos princípios jusfundamentais que servem como “pautas morais e jurídicas para a correção dos argumentos jusfundamentais”;

d) estatalismo garantista: caracteriza-se pela imperiosa necessidade de que os conflitos sociais sejam solucionados por intermédio de instituições estatais para a garantia da segurança jurídica;

e) judicialismo ético-jurídico: a aplicação judicial comporta a conexão entre direito e moral por meio da conjugação de elementos éticos e estritamente jurídicos;

f) interpretativismo moral-constitucional: a leitura moral da Constituição, que é imprescindível no neoconstitucionalismo, considera tanto os valores da pessoa humana quanto os constantes do regime democrático;

g) pós-positivismo: ao contrário do positivismo, que em essência meramente descreve a organização do poder ou o funcionamento do direito, o paradigma neoconstitucionalista constituiu um modelo ideal axiológico-normativo do direito, ao qual o direito positivo deveria tender para alcançar a justiça substancial, mediante a utilização de juízos de valor e a priorização do caráter prático da ciência jurídica;

h) juízo de ponderação: o neoconstitucionalismo defende que, na resolução dos *hard cases*, nos quais nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, o juiz “[...] tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente, devendo agir como se fosse delegado do poder legislativo”. Entretanto, nessa tarefa são inseridos argumentos de princípio, os quais, sendo detentores de uma dimensão de peso, necessitam ser sopesados, ponderados;

i) especificidade interpretativa: devido à constitucionalização do direito e à existência de disposições constitucionais de caráter principiológico, a interpretação constitucional tem características peculiares em relação à interpretação da lei, pois naquela haverá de usar também de argumentos de cunho moral;

j) ampliação do conteúdo da *grundnorm*: Duarte, citando Bongiovanni (2006, p. 71), assevera que o neoconstitucionalismo defende que o caráter obrigatório da Constituição se encontra na inclusão em seu conceito de conteúdos morais, ao contrário do “[...] esquema positivista kelseniano, que fundamenta a validade de todas as normas a partir de uma norma fundamental completamente neutra”;

k) conceito não-positivista de direito: Duarte, com respaldo em Dreier (2006, p. 72), estatui que o conceito não-positivista de direito explica de uma forma mais adequada o processo constitucional próprio do neoconstitucionalismo e a natureza dos direitos fundamentais, porque “[...] os princípios juridicamente válidos desbordam o conceito positivista de direito na medida em que, estruturalmente, elevam a obrigação jurídica à realização aproximativa de um ideal moral”.

Relativamente à teoria das fontes do direito,<sup>135</sup> o neoconstitucionalismo aponta para uma nova e completa revolução. Consoante ensina Moreira (2008, p. 192-193), os preceitos constitucionais passam a ser fonte primária presentes em toda a tarefa interpretativa, colmatando todas as possíveis lacunas do sistema jurídico. A solução das antinomias passa a ser orientada pelo “[...] uso da ponderação de direitos fundamentais em conflito – quando de conflito principiológico do mesmo grau superior – e, se em hierarquia diversa – entre regras ordinárias e normas constitucionais –, resolve-se pelas técnicas de controle de constitucionalidade”.

<sup>135</sup> No positivismo, consideram-se fontes do direito apenas os processos de produção de normas jurídicas (aspecto formal), implicando uma estrutura normativa de poder: a) processo legislativo (normas constantes do art. 59 da CF), expressão do Poder Legislativo; b) jurisdição (jurisprudência), que corresponde ao Poder Judiciário; c) usos e costumes, que exprimem o poder social; d) fonte negocial (normas contratuais e cláusulas contratuais), expressão do poder negocial ou da autonomia da vontade. Em relação às formas de integração do direito, consideram-se: a) costume; b) analogia; c) interpretação extensiva; d) equidade; e) princípios gerais de direito (REALE, 2001).

Por sua vez, a Constituição Federal, dotada de amplo arsenal axiológico e localizada no topo da cadeia normativa, reinando, portanto, absoluta na seara da interpretação jurídica, conduz à assertiva de que “[...] não há interpretação jurídica que não seja interpretação constitucional”. Ademais, a normatividade constitucional estando inundada por princípios, expressos e implícitos, em confronto com as regras, acarreta menos antinomias, mais atividade ponderativa e mais controle de constitucionalidade. Em relação aos princípios, que de *formas de integração* são promovidos a *fontes principais*, passando a ser considerados somente aqueles de índole constitucional e os infraconstitucionais setoriais, que regem um campo jurídico específico sem a hierarquia superior, restando substituídos os princípios gerais de direito. A equidade, de seu turno, passa de fonte supletiva a parte integrante da teoria neoconstitucionalista, auxiliando o processo argumentativo a alcançar a sua pretensa correção da decisão. Outras fontes do direito, como a jurisprudência, sobretudo a oriunda do STF, tornam-se mais hábeis juridicamente para embasar as sentenças do que a analogia e os costumes. Estes últimos, como elementos de integração, perdem o seu primado em face da interpretação constitucional e dos conseqüentes princípios e metodologias constitucionais. Além do mais, a utilização das fontes, no neoconstitucionalismo, passa a não seguir a ordem e os parâmetros rígidos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, ficando dependente e vinculada ao processo argumentativo. O papel da doutrina passa também a ser o de auxiliar na tarefa de argumentação.

Já a hermenêutica clássica parte do axioma de que o direito não possui lacunas nem excesso de normas aplicáveis a um determinado caso concreto, do que decorreria a possibilidade de aplicação isolada e automática dos dispositivos legais. Sob este paradigma, a tarefa do jurista limita-se à subsunção dos acontecimentos concretos à norma, indicando, de forma unívoca e clara, as respectivas conseqüências jurídicas. Apegando-se à premissa de que qualquer conflito ou ausência de normas é aparente, a metodologia tradicional deixa patente sua limitação quando se trata de solucionar problemas jurídicos mais complexos, para cuja elucidação os elementos de interpretação consagrados não oferecem um critério preciso. É necessário reconhecer, nesses casos, que o ideal de ausência de conflitos e lacunas normativas é um norte interpretativo e um pressuposto ideal da hermenêutica clássica, mas não algo dado *a priori*. Nessa senda, mostra-se importante a utilização de métodos racionais de interpretação e aplicação do direito de cunho neoconstitucionalista, ainda que não produzam um resultado unívoco ou estritamente objetivo, engendrados por Robert Alexy e Ronald Dworkin. Com espreque, ainda, em Engelmann (2001, p. 167-168):

Assim, emerge um novo modelo de raciocínio jurídico, capaz de reunir as regras, os princípios e o procedimento (Alexy). Este novo modelo busca enfatizar as possibilidades geradas pelos princípios, frente às características peculiares da situação concreta em que surge o problema. Para tanto, deverão ser beneficiadas ‘formas de pensamento pragmáticas, voltadas para orientar a ação [...] daqueles envolvidos na tomada de uma decisão.

[...] Por conseqüência, a valorização dos princípios visa justamente construir a melhor resposta possível para o caso concreto, através da interferência hermenêutica, o que não implica, necessariamente, a ‘única resposta possível’ (Dworkin).

[...] os padrões de segurança e previsibilidade considerados previamente, deverão ser substituídos por um modelo que reúna a decidibilidade, a atualidade e a confiabilidade da produção jurídica, não necessariamente definidos ‘prima facie’, mas assegurados por ocasião da solução do caso concreto, através da intervenção hermenêutica ilustrada dos princípios.

A teoria dos princípios, desenvolvida sobretudo pelo jurista alemão Alexy, a partir dos estudos de Dworkin, procura, justamente, transcender as limitações da exegese tradicional, enfrentando possíveis colidências normativas, e, a sua teoria da argumentação avança além da teoria dos princípios (teoria esta imanente à lei), procurando fundamentar uma concepção ético-discursiva do direito, superadora da lei. Outrossim, mais especificamente, Alexy, em sua teoria dos princípios, identifica os princípios com valores, conduzindo o sistema jurídico a uma abertura frente à moral. Significa dizer que, por meio da ponderação ensejada pelos princípios, penetram no discurso jurídico postulados morais que, de outra forma, restariam afastados. Em que pese as várias críticas a esta teoria, ela se mostra útil de duas formas principais: a) ela acerta o diagnóstico de insuficiência do método exegético tradicional, baseado nos postulados positivistas; b) ela permite resolver, especialmente à luz dos conceitos-chave de proporcionalidade e ponderação, os problemas decorrentes do cotejamento dos princípios nos quais, diante do caso concreto, é possível vislumbrar-se uma primazia *prima facie* em favor de uma das pretensões cotejadas (GOUVÊA, 2003, p. 102-103; 169).

As idéias de cunho filosófico do americano Dworkin, de sua parte, procuram superar dilemas aparentemente insolúveis, como os que opõem direito legislado e moral; doutrina e jurisprudência; aplicação e interpretação do direito; subjetivismo e objetividade judicial. No cerne de seu método construtivo, encontra-se a tese nodal de que o referente primordial do discurso jurídico são os direitos, e não as normas. Para o método construtivo, a decisão é uma atividade eminentemente criativa, que deve balizar-se pela lei também, mas sobretudo pelos princípios e pelos direitos deles decorrentes. Destacado que a importância do método construtivo e do direito superador da norma, para a questão dos direitos prestacionais e do mínimo existencial, evidencia-se notadamente quando se tem em mente as críticas mais abstratas à sindicância destas situações jurídicas. Uma vez que os próprios óbices, neste caso,

não se baseiam diretamente em dispositivos legais, mas em noções de conteúdo pouco preciso, tais como os princípios democrático, da separação de poderes e da legalidade, torna-se necessário recorrer a um ponto de vista metodológico igualmente amplo, que permita formular critérios para a discussão racional destas questões (GOUVÊA, 2003, p. 186-198).

Diante do exposto, esclareça-se que neste trabalho, procurando não perder o foco consistente na maximização da efetividade do mínimo existencial, são utilizados notadamente os ensinamentos dos dois teóricos seminais do neoconstitucionalismo Robert Alexy e Ronald Dworkin. Pelas características e pela natureza do neoconstitucionalismo, percebe-se que é um novo referencial teórico para o direito, voltado basicamente para a efetividade das normas constitucionais e para a transformação social e, nessa perspectiva, muito adequado para ser usado no âmbito do sistema jurídico e da sociedade brasileira e, particularmente, como norte para o presente estudo, haja vista que os ideais do mínimo existencial estão ainda muito longe de serem atingidos no Brasil.

Enfim, pode asseverar-se que o neoconstitucionalismo surge a partir dos textos das Constituições analíticas e de cunho democrático, que, além de aberto e axiológico, abarca em seu conteúdo vários ramos do direito, fazendo emergir o fenômeno da constitucionalização do direito. A partir dessa mudança das normas constitucionais, exige-se, para a sua adequada aplicação, um novo método interpretativo, uma vez que o tradicional é incapaz de fazê-lo com percuciência ou eficiência. Dessa forma, na aplicação do direito, por meio de uma interpretação mais aberta e valorativa, transformações sociais relevantes podem ser alcançadas. De papel de *mantenedor* do *status quo*, passa o direito a ter o papel de *transformador* da realidade social. Nesse sentido, calha trazer à luz a assertiva de Hommerding (2007) de que, ao cuidar do tema da Constituição na postura da teoria substancialista, “[...] a Constituição de 88 inaugurou o paradigma do Estado Democrático de Direito, que veio agregar um *plus* normativo às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), fazendo com que o Direito passasse a ser transformador”.

### 2.1.3 Principais críticas dirigidas ao neoconstitucionalismo

Com respaldo, notadamente em Pozzolo (2006), Sarmiento (2009) e Moreira (2008), são expostas algumas das mais relevantes críticas dirigidas ao neoconstitucionalismo, juntamente com os respectivos contra-argumentos:

a) a proeminência conferida ao Poder Judiciário é anti-democrática.

Um dos argumentos utilizados para defender esta crítica é que os magistrados, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo. Na democracia, o princípio majoritário deve sempre prevalecer e, por isso, as decisões políticas mais importantes devem ser tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos e não por *tecnocratas de toga*. Ademais, diante da vagueza e imprecisão das normas constitucionais, inclusive às referentes aos direitos fundamentais, o processo interpretativo envolve uma criação do direito, fator que acaba conferindo aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, em detrimento das escolhas e preferências políticas adotadas pelo legislador eleito. De outra parte, pode o Poder Judiciário bloquear importantes mudanças promovidas pelos outros poderes em favor dos excluídos, mantendo o *status quo*. Ainda, uma ênfase excessiva no espaço judicial, além de conduzir ao esquecimento de outras arenas relevantes para concretizar a Constituição, gerando uma paralisação cívica do cidadão, exige a figura de juiz *Hércules* ao estilo dworkiano, extremamente competente, dotado de profundos conhecimentos multidisciplinares e muito sábio, ignorando-se o fato de que o juiz é uma pessoa normal, com suas limitações e dependente de um órgão judiciário com notórias deficiências.

A maior parte dos teóricos contemporâneos da democracia reconhece que ela não se esgota no respeito ao princípio democrático, incluindo a proteção aos direitos fundamentais e às minorias. Modernamente, da concepção de um regime democrático calcado exclusivamente no princípio majoritário (a maioria governa), passa-se a um regime democrático também voltado para a proteção dos indivíduos e das minorias do uso opressivo do poder político pelas majorias eventuais (MELLO, 2004, p. 30). Demais disso, é mister ressaltar-se que a função do Poder Judiciário, no sentido de julgar as ações que são levadas à sua apreciação, encontra-se determinada no próprio texto constitucional. A sua atuação, exercida mediante interpretação e aplicação do direito, não tem sido muito diferente da exercida no juspositivismo, eis que tais tarefas sempre tiveram um conteúdo criativo. No neoconstitucionalismo, a proposta de resolução dos conflitos e das omissões dá-se por meio da utilização do método ponderativo; no positivismo, os conflitos e as omissões são sanados também pelo processo decisional discricionário, em que cabe ao Juiz criar o direito para o caso concreto.<sup>136</sup> Em que pese a ênfase dada pelo neoconstitucionalismo ao Poder Judiciário,

---

<sup>136</sup> Nesse passo, pertinente é o escólio de Mello (2004, p. 93), em análise crítica ao pensamento de Dworkin, no sentido de que “[...] os juízes, ao adotarem a leitura moral da constituição, apenas concretizam valores políticos e morais eleitos pelo próprio povo, no exercício do poder constituinte, o momento supremo da soberania popular”.

não é olvidado que existem outras instâncias capacitadas para a resolução de conflitos sociais que não devem ser desprezadas, observado que a relevância do Judiciário encontra-se sobretudo em face de sua autoridade interpretativa e na influência que exerce sobre os demais poderes e arenas. Não se desconhece as limitações do juiz e da própria organização administrativa do Poder Judiciário, mas estes fatores nunca foram obstáculos intransponíveis para o exercício das suas respectivas funções e atividades, em busca da melhor decisão, seja no juspositivismo, seja no neoconstitucionalismo. No que concerne à possibilidade do judiciário ser bloqueador de mudanças sociais, mantendo o *status quo*, esta é uma crítica mais pertinente ao positivismo do que ao neoconstitucionalismo, vez que o ativismo judicial e a judicialização da política tendem a ser mais freqüentemente agentes transformadores e propulsores de conquistas sociais do que mantenedores do *status quo*.

- b) Não se mostra a teoria neoconstitucionalista muito pretensiosa (ou ingênua?) ao acreditar que é tarefa do Poder Público remover todos os obstáculos para a efetivação da igualdade social?

Na verdade, o neoconstitucionalismo não tem pretensão tão ampla, mas defende que por meio de um processo interpretativo, que confira maior efetividade às normas constitucionais e aos fins prestigiados pela Constituição Federal, viabiliza-se mais facilmente a conquista de um patamar de maior igualdade social. Nessa senda, o Poder Público não representaria o remédio para todos os males sociais, mas um importante agente que, mediante uma melhor distribuição da riqueza, seria capaz de promover maior igualdade social.

- c) No neoconstitucionalismo, o intérprete assume um papel totalmente constitutivo da regra do caso mediante o uso de princípios abertos, trazendo insegurança jurídica, uma vez que não parece ser possível oferecer uma solução racionalmente fundada e controlável.

No positivismo, o intérprete age discricionariamente no caso de inexistência de regra específica; no neoconstitucionalismo, ante a inexistência de lacunas, quando do conflito entre princípios e por meio da utilização de técnicas de sopesamento, impõe-se um encargo argumentativo apto a justificar, por meio de bons argumentos, a opção significativa operada ou a hierarquia axiológica instituída. Com efeito, esta atividade argumentativa não se mostra calcada em subjetivismos ou arbitrariedades, haja vista que ela exige uma atitude racional, cujas razões se embasam no conteúdo normativo da Constituição. Se no positivismo, a principal meta é a segurança jurídica, no neoconstitucionalismo, o objetivo mais relevante

passa a ser a justiça material do caso concreto, sempre com fundamento em argumentos racionalmente justificadores, inclusive pela utilização da metodologia interpretativa/aplicativa da ponderação. Acrescente-se que, consoante o inciso IX do art. 93 da CF, os juízes devem fundamentar todas as suas decisões sob pena de nulidade, exigência esta que assegura que as posições adotadas não resultem de caprichos ou predileções subjetivas dos magistrados, mas pelo contrário, devem estar elas amparadas por sólidos argumentos racionais.

- d) Não parece possível uma definição da hierarquia axiológica, entre os princípios constitucionais, capaz de oferecer uma disciplina constitucional razoável e não meramente particularista das razões para a ação, que satisfaça um alto grau de determinação, evitando as antinomias e reduzindo a discricionariedade interpretativa.

O neoconstitucionalismo não promove o decisionismo, por meio de decisões judiciais de cunho meramente subjetivo, sem lastro em argumentação racional sólida, conforme já anotado. Pelo contrário, um dos eixos centrais do pensamento neoconstitucional é a reabilitação da racionalidade prática no âmbito jurídico, com a articulação de complexas teorias da argumentação, que demandam muito dos intérpretes e sobretudo dos juízes em matéria de fundamentação das suas decisões. Ademais, os princípios são essenciais na ordem jurídica, por conferirem maior plasticidade ao direito, pois que o legislador não é capaz de prever todos os conflitos sociais por meio de regras, e também por permitirem uma maior abertura da argumentação jurídica frente à moral e ao mundo empírico subjacente. Nessa questão, o importante é encontrar o meio-termo na interpretação dos princípios, ressaltado que as hipóteses de decisão se fecham nos princípios colidentes, que somente são válidos para dado caso concreto a partir do ponto em que a pertinência do seu uso e a prevalência de um deles estiverem argumentativamente embasadas.

#### 2.1.4 Adoção de um *neoconstitucionalismo moderado*

Tendo em mira notadamente as críticas dirigidas ao neoconstitucionalismo, em que pese serem essas críticas passíveis de contra-argumentação, observa-se que não deve o pensamento neoconstitucionalista ser levado aos extremos, sendo a melhor posição o meio-termo, a moderação. Destarte, ressaltado que o ordenamento jurídico brasileiro e a Constituição Federal de 1988 continuam sendo formados também por regras, como espécies

de norma, não se deve desprezar o método da subsunção e o silogismo próprios do positivismo formalista. O neoconstitucionalismo não veio para ab-rogar toda a teoria positivista, mas para complementá-la naqueles casos em que esta se tornou insuficiente ou insatisfatória. Nessa quadra, importante é o esclarecimento de Sarmiento (2009, p. 11), para quem “[...] o importante é encontrar um justa medida, que não torne o processo de aplicação do Direito amarrado demais, como ocorreria num sistema baseado exclusivamente em regras, nem solto demais, como sucederia com um que se fundasse apenas em princípios”.

Ademais, imperioso compreender a atuação do Poder Judiciário como algo importante, mas não suficiente em relação à efetividade dos direitos fundamentais, pois há outras arenas que não devem ser menosprezadas, sob pena de relegar a segundo plano a participação democrática. Dessa forma, não se propugna por um ativismo judicial exacerbado,<sup>137</sup> para não incidir no fenômeno do *governo dos juizes*, o qual acaba por retirar por completo as escolhas políticas das mãos do legislador (POZZOLO, 2006, p. 100) e, acrescente-se, do administrador. Outrossim, consoante expõe Mello (2004, p. 106), “[...] o equilíbrio entre o constitucionalismo dos direitos e o princípio da soberania popular pressupõe o controle judicial dos atos do parlamento e da administração, mas simultaneamente exige uma teoria dos limites da jurisdição constitucional”.

Nessa senda, a versão do neoconstitucionalismo adotada nesta pesquisa se alinha ao entendimento de Sarmiento (2009, p. 14), que assume o rótulo de neoconstitucionalista se ele:

[...] for pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo.

Pelo exposto, deve-se ter em mente que o neoconstitucionalismo é um passo adiante em relação ao positivismo que, sem superá-lo por completo, visa a complementá-lo. Não deve ser visto como uma panacéia para todos os males sociais, pois tem as suas vantagens e os seus pontos fracos. A teoria neoconstitucionalista representa uma evolução que

---

<sup>137</sup> Mello (2004, p. 22) informa, com percuciência, que a doutrina e a prática do direito constitucional encontram-se atualmente pressionadas por duas tendências gerais contraditórias: de um lado, há a proposta por um ativismo judicial para assegurar as conquistas sociais fixadas nas constituições; de outro, existe a contenção da atuação jurisdicional (*judicial self-restraint*) para favorecer o processo democrático. Nessa perspectiva, o autor demonstra a constante tensão existente entre constitucionalismo e democracia e postula um equilíbrio entre essas duas forças antagônicas.

busca acompanhar o desenvolvimento ocorrido na teoria constitucional, destacado que um dos seus maiores méritos tem sido contribuir para a promoção da maior concretização dos textos constitucionais e, nesse sentido, é capaz de colaborar para a maximização da efetividade do mínimo existencial.

## 2.2 Direitos Fundamentais: Prestações Mínimas Existenciais

Consoante já se informou em outra oportunidade, o mínimo existencial pode ser analisado sob duas diferentes perspectivas: a) como proteção negativa, representada pela não-incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas; b) como proteção positiva, concernente à entrega de prestações materiais pelo Estado em favor dos pobres (TORRES, 2009, p. 35), recordando que no âmbito deste estudo apenas interessa a investigação sob a última perspectiva mencionada. Com efeito, visando à compreensão do mínimo existencial em sua vertente prestacional são colacionadas posições doutrinárias consubstanciadoras das concepções mais atuais sobre a temática.

Além disso, impende destacar que não há como compreender com percuciência os direitos fundamentais, e mais particularmente o mínimo existencial, caso não se analise os seus respectivos atributos. Nessa senda, ao expor tais atributos, é possível analisar a sua adequabilidade ao direito ao mínimo existencial e, a partir daí, concluir se pode de fato ser considerado fundamental este direito em relação à Constituição Federal vigente.

Releva acrescentar, por fim, que são postas algumas classificações de direitos fundamentais que guardam correlação com o enfoque do presente estudo, com especial destaque à classificação material e formal trazida à lume por Sarlet (2007), a classificação funcional empreendida por Alexy (2008), as quais servem de base para explicitar a estrutura das normas correlacionadas ao mínimo existencial em sua vertente prestacional constantes da Constituição Federal de 1988 e a classificação proposta por Bandeira de Mello (2009), quanto à imediata geração de direitos.

### 2.2.1 Concepções modernas do mínimo existencial

Torres (2009, p. 8; 13) compreende que “há um direito às *condições mínimas de existência humana digna* que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (grifos do autor). O jurista entende que o direito ao mínimo

existencial encontra-se embaralhado com os direitos sociais, representando uma tarefa extremamente difícil detectar-lhes a jusfundamentalidade, a qual, para ele, se confunde com o mencionado direito. Ainda, ao considerar que a proteção ao mínimo existencial seja pré-constitucional, pois o seu *locus* originário encontra-se nas declarações internacionais dos direitos humanos, ancora-se na ética e se fundamenta “nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na idéia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana”. Para o doutrinador, o mínimo existencial carece de conteúdo específico, abrangendo qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc), considerado em sua dimensão essencial, inalienável e existencial.

Não há como concordar com o aludido autor, inobstante a sua inequívoca autoridade intelectual, na parte em que ele desconsidera a jusfundamentalidade dos direitos sociais como um todo, somente defendendo-a em seu núcleo intangível, representado pelo direito ao mínimo existencial. Hodiernamente, não há como deixar de postular a indivisibilidade dos direitos humanos e a fundamentalidade dos direitos sociais em face da Constituição de 1988.<sup>138</sup> Cançado Trindade (2003, p. 446; 453) compreende que os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, formam “um todo harmônico e indivisível”, eis que entre eles “não pode haver senão complementaridade e interação, e não compartimentalização e antinomia”.<sup>139</sup> De fato, se se defende a indivisibilidade dos direitos humanos considerados em suas diferentes dimensões e, portanto, a sua jusfundamentalidade, com maior razão deve ser aplicado esse entendimento aos direitos humanos considerados em si mesmos.

Para Sarlet (2007, p. 73-74; 88-91), “[...] os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de

---

<sup>138</sup> Em torno das relações entre direitos fundamentais e direitos sociais, formaram-se três teses principais: a) a da simbiose dos direitos fundamentais com os sociais; b) a da indivisibilidade dos direitos humanos; c) a da redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial, de corte liberal. (TORRES, 2009)

<sup>139</sup> Cançado Trindade (2003, p. 447; 452; 461) entende que a dicotomia existente entre direitos civis e políticos *versus* direitos econômicos, sociais e culturais têm fundo ideológico, pois que baseada na profunda divisão ideológica do mundo no início dos anos cinqüenta, em que o *grupo ocidental* enfatizava os direitos civis e políticos, ao passo que o então *bloco socialista* privilegiava os direitos econômicos, sociais e culturais, refletindo-se nos trabalhos das Nações Unidas. Destaca o autor que o divisor de águas, no sentido de reconsideração da citada dicotomia, foi a I Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Teerã, em 1968, onde foi proclamada a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmando-se que “[...] a realização plena dos direitos civis e políticos seria impossível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais”, e reiterada na II Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena em 1993. Interessante é a informação do autor, em relação ao Relatório Anual de 1985-1986 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos na parte que trata do futuro Protocolo à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no sentido da posição de destaque ocupada pelo *direito a um nível de vida adequado*, tal qual a *liberdade* quanto aos direitos civis e políticos.

conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material”. Acrescenta, com esquete em Alexy (2008), que os direitos fundamentais, incluindo-se, por evidente, os direitos sociais, podem ser reconhecidos em face de sua fundamentalidade formal e material. Quanto ao conceito formal de direitos fundamentais, entende-se a importância desses direitos por estarem inscritos expressamente no texto constitucional e, na qualidade de normas constitucionais, encontrarem-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional, bem como vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas, por se referirem a normas diretamente aplicáveis (art. 5º, § 1º). Em relação ao conceito material<sup>140</sup> de direitos fundamentais, há direitos que, por seu conteúdo e por sua substância (contêm decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade), pertencem ou não ao corpo fundamental da Constituição, mesmo não constando do catálogo referente ao Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. No que tange ao direito pátrio, esclarece Sarlet que “[...] a construção de um conceito ao mesmo tempo formal e material dos direitos fundamentais passa inevitavelmente pela análise do alcance e significado do art. 5º, § 2º, da CF”. Nessa senda, Sarlet apresenta a seguinte definição de direitos fundamentais:

Todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Demais disso, Sarlet e Figueiredo (2008, p. 18-26) estabelecem um elo de ligação entre o mínimo existencial e os direitos fundamentais sociais, a vida, a dignidade da pessoa humana, eis que se referem às necessidades existenciais de todo e qualquer indivíduo. Advertem os doutrinadores, todavia, que é impossível estabelecer de forma apriorística e taxativa um “[...] elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial”, eis que o que compõe o mínimo existencial reclama uma análise à luz da situação concreta. Acrescentam, por outro lado, que o núcleo essencial do mínimo existencial não é o mesmo em

---

<sup>140</sup> Oportuno é o escólio de Sarlet (2007, p. 89) sobre o aspecto material dos direitos fundamentais, nos seguintes termos: “[...] inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal”.

cada direito social, exigindo-se para tanto a devida contextualização e a necessária utilização de uma interpretação tópico e sistemática.

Impende, ainda, mencionar, com amparo nos juristas citados, que o debate atual jurídico-constitucional alemão sobre o mínimo existencial, cuja repercussão foi a mais relevante no direito comparado, leva em conta o mínimo fisiológico (objetiva conferir condições materiais mínimas para uma existência condigna) e o mínimo sociocultural (objetiva assegurar um mínimo de inserção na vida social, promovendo-se a igualdade).

Com efeito, o conteúdo essencial do mínimo existencial em face da doutrina e da jurisprudência alemãs dominantes encontra-se embasado, quanto ao mínimo fisiológico, “[...] no direito à vida e na dignidade da pessoa humana (abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestimenta, abrigo, saúde ou os meios indispensáveis para a sua satisfação)”, e quanto ao mínimo sociocultural, “[...] no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade no que diz com o seu conteúdo material”.

Os autores consignam, ainda que, apesar de a doutrina e a jurisprudência alemãs defenderem que cabe ao legislador, com prioridade, dispor sobre as formas de prestação do mínimo existencial, “podem os tribunais decidirem sobre este padrão existencial mínimo, nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes”.

Em relação ao sistema jurista pátrio, entendem os juristas que a falta de expressa previsão constitucional, consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial não prejudica o reconhecimento desse direito, considerando-se que a garantia de existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, *caput*) e são previstos diversos direitos sociais (art. 6º).

Para Olsen (2008, p. 318-320), a fundamentalidade material do mínimo existencial, que subjaz no âmbito dos direitos sociais, deve-se à relação existente entre estes últimos e a dignidade da pessoa humana. O núcleo essencial dos direitos sociais que comporta não com exclusividade o sentido do mínimo existencial é originado da ponderação de princípios, interesses e bens jurídicos em conflito, a partir do postulado da proporcionalidade. Complementa a autora, em harmonia com o escólio de Alexy (2008), que “[...] este núcleo pode ser identificado através de uma extensa carga argumentativa, que obriga o intérprete e o legislador a apresentar racionalmente a identificação de um núcleo intangível do direito fundamental social para determinado caso concreto”. Em face destas condições, esclarece a jurista que muitos doutrinadores têm apresentado o mínimo existencial como porção essencial do direito fundamental social, distinguindo, nessas situações, as teorias absoluta e relativa, conforme se segue:

Aqueles que adotam a teoria absoluta do núcleo essencial o apresentam como mínimo absoluto e intangível em quaisquer hipóteses, e aqueles que adotam a teoria relativa defendem-no como essencial e intocável para determinado caso concreto, em virtude da aplicação da técnica da ponderação e do postulado da proporcionalidade.<sup>141</sup>

Entretanto, ainda que se postule a indivisibilidade e jusfundamentalidade dos direitos sociais, e como tal a exigência de serem eles amplamente efetivados, por certo que para o alcance dos *máximos sociais* existem limites e restrições fáticas e jurídicas (reserva do possível fática,<sup>142</sup> reserva do possível jurídica<sup>143</sup> etc.), enquanto que para o mínimo existencial, mencionados limites não podem ser opostos, pelo menos não de forma irrestrita, conforme será analisado oportunamente.

De seu turno, na vertente do *status positivus libertatis*,<sup>144</sup> Torres (2009, p. 17) elenca as formas de proteção ao mínimo existencial:<sup>145</sup>

a) pela entrega gratuita de prestações de serviço público específico e divisível, como prestação jurisdicional aos desfavorecidos, educação fundamental, saúde pública etc.;

b) pelas subvenções e auxílios financeiros<sup>146</sup> a entidades filantrópicas e educacionais, públicas ou privadas, que muitas vezes se compensam com as imunidades;<sup>147</sup>

<sup>141</sup> Neste estudo, adota-se a *teoria relativa*, eis que o alcance do mínimo existencial não é dado aprioristicamente, inobstante não partir do zero, mas dos direitos sociais fixados por meio de regras constitucionais.

<sup>142</sup> Para Barcellos (2008, p. 261; 268), a reserva do possível fática “[...] procura identificar o fenômeno da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”.

<sup>143</sup> Gouvêa (2003, p. 18) compreende que se verifica a reserva do possível jurídica diante do fato de que não caberia ao Poder Judiciário intervir nas previsões das leis orçamentárias impondo disposições quanto a essas leis, ainda que haja recursos disponíveis, porquanto para a confecção de tais atos normativos deve se somar, por determinação constitucional, os esforços tão-somente do Executivo e do Legislativo.

<sup>144</sup> Neste estudo será adotada a nomenclatura *status positivus socialis*, em contraponto à nomenclatura *status positivus libertatis* defendida por Torres, de índole liberal.

<sup>145</sup> Não menos relevante consiste a tentativa de sistematizar as prestações sociais estatais proposta pelo jurista germânico Murswiek *apud* Sarlet (2007, p. 300-301), que as divide em quatro grupos distintos: “a) prestações sociais em sentido estrito, tais como a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino etc. ; b) subvenções materiais em geral, não previstas no item anterior; c) prestações de cunho existencial no âmbito da providência social (*Daseinsvorsorge*), como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água etc.; c) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como por exemplo, a participação (no sentido de quota-parte), em recursos naturais do domínio público.”

<sup>146</sup> A Lei federal n. 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, fixa nos incisos I e II do § 3º do art. 12, que as *subvenções* são transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-as em: “I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; II – subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.” O § 6º do art. 12 da referida Lei fixa que *auxílios* são transferências de capital para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços.

<sup>147</sup> Referindo-se à imunidade, assim se manifesta Paulsen (2005, p. 254) “as regras negativas de competência tributária são consideradas como normas de imunidade, pois afastam a possibilidade de tributação de determinadas pessoas ou bases econômicas” e complementa “as regras de imunidade têm foro exclusivo na Constituição porque são regras (ainda que negativas) de competência tributária”.

c) pela entrega de bens públicos (remédios, alimentos, vestuário etc.), independentemente de qualquer pagamento, sobretudo em casos de calamidade pública ou no âmbito de programas de assistência aos hipossuficientes (bolsa família, merenda escolar, bolsa escola etc.).

Portanto, o direito ao mínimo existencial consubstancia-se, sob a sua vertente positiva, em prestações consistentes mormente em recursos, bens e serviços, cujas despesas respectivas são cobertas com a arrecadação de impostos, tributos de natureza não-contraprestacional, eis que são oferecidos de forma gratuita aos economicamente desfavorecidos.

No Estado democrático de direito, impõe-se a garantia do mínimo existencial em sua dimensão máxima. Ademais, a questão mais difícil da temática do mínimo existencial consiste em definir a sua quantificação, haja vista que é problemático mensurar a qualidade de vida. Essa dificuldade, aliás, abre caminho para a grande tensão existente entre qualidade e quantidade em tema de mínimo existencial, cujos motivos, consoante Torres (2009, p. 121-125), são os seguintes:

a) o mínimo existencial vai deixando de exibir apenas a problemática ligada a aspectos qualitativos da definição de interesses fundamentais ou de jusfundamentalidade para se deixar envolver também pelos aspectos quantitativos de uma qualidade de vida mensurável; b) o Judiciário passa a examinar e controlar a face quantitativa do mínimo existencial, como ocorre com o limite inferior da tabela do IR, imune ao tributo, que começa a escapar da discricionariedade do Legislativo.

Segundo Barcellos (2008) – partindo do pressuposto de que todos os princípios possuem um conteúdo básico, mesmo em face de sua indeterminação semântica –, no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, esse núcleo é composto pelo mínimo existencial, que representa o conjunto de prestações materiais essenciais sem as quais o indivíduo se encontrará abaixo da linha da dignidade. A jurista insere no âmbito do mínimo existencial os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça, os quais poderão ser exigidos do Estado de forma direta, mediante tutela específica. Nesse sentido, o entendimento dessa doutrinadora enquadra-se na *teoria absoluta*, já mencionada.

Concorda-se com a assertiva de Barcellos, no sentido de que o mínimo existencial configura-se, além de direito justiciável, como o núcleo básico do princípio da dignidade humana, entretanto discorda-se de seu posicionamento em dois aspectos nodais: o mínimo existencial não se configura como o *mínimo dos mínimos*,<sup>148</sup> como dá a autora a entender e,

---

<sup>148</sup> Fachin (2006, p. 271), discorrendo sobre o patrimônio mínimo, transmite uma lição lapidar que pode perfeitamente ser aplicada ao mínimo existencial, qual seja: “ ‘mínimo’ e ‘máximo’ podem não ser duas

por outro lado, a determinação *a priori* e prévia do alcance do mínimo existencial pode trazer mais desvantagens que vantagens, mais dissabores que aprazimentos, já que provoca um *congelamento* do seu espectro de incidência, independentemente da situação concreta. Na verdade, os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça já se encontram determinados pela Constituição Federal. O grande desafio nessa seara é buscar o elástico das normas referentes ao mínimo existencial, por meio de um processo argumentativo bem-fundamentado no domínio de um dado caso concreto.

Com efeito, o ponto fulcral desse desafio é justamente saber separar entre a maximização do mínimo existencial e a otimização dos direitos sociais. Torres (2009, p. 131) adverte que “[...] é extremamente difícil apreender o ponto de passagem entre a maximização do mínimo existencial e a otimização dos direitos sociais”. Consoante o autor, no Estado democrático de direito impõe-se a garantia do mínimo existencial em sua dimensão máxima; já os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória, a partir do processo democrático. Em outros termos, pode asseverar-se que a maximização do mínimo existencial parte das normas extraíveis diretamente do texto constitucional, representando uma possibilidade presente, cuja eficácia é imediata. A otimização dos direitos sociais, de seu turno, depende da *interpositio legislatoris* e da reserva orçamentária, representando um ideal a ser atingido e cuja eficácia encontra-se diferida.

Ademais, o conceito de mínimo existencial é maleável, dinâmico, encontra-se em constante evolução e acompanha o avanço econômico e social de uma determinada comunidade. Dessa forma, seria aceitável para o Brasil, país de dimensões continentais e de grandes contrastes econômicos e sociais, admitir-se uma única acepção de mínimo existencial? Para um ente da federação mais pobre, o conceito pode adequar-se ao proposto por Barcellos; todavia em um Estado ou Município mais rico, mais industrializado, mais urbanizado, com renda *per capita* mais elevada, não seria socialmente mais justo conceber-se uma ampliação do alcance do mínimo existencial? Este, inclusive, é o entendimento de Scaff (2005, p. 217), uma vez que, para ele, o mínimo existencial não é uma categoria universal, mas varia de lugar para lugar e até dentro do mesmo país. Levando-se em consideração tais aspectos, mais relevante torna-se a configuração do mínimo existencial à vista de um determinado caso concreto.

---

espécies do gênero ‘extremo’. São as barreiras que fixam a essência de cada coisa e delimitam o seu poder e as propriedades. A sustentação do mínimo não quantifica e sim qualifica o objeto”.

Manifesta-se Clève (2003, p. 27) no sentido de que “[...] os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país”. Complementa o autor em abalizado preceito: “os direitos sociais, o princípio da dignidade humana, o princípio da socialidade (deduzível da Constituição que quer erigir um Estado democrático de direito) autorizam a compreensão do mínimo existencial como obrigação estatal a cumprir e, pois, como responsabilidade dos poderes públicos”.

Com Demo (2002, p. 267-268), dessume-se que a cidadania exige o necessário e não o mínimo. Políticas sociais mínimas tornam as pessoas ainda mais *mínimas*, vez que não contribuem para emancipá-las socialmente. Daí a importância de se considerar o mínimo existencial não como o *mínimo dos mínimos*, mas como mínimo necessário compatibilizado com a dignidade humana.

Silva (2007, p. 184) concebe o mínimo existencial como uma subcategoria dos direitos fundamentais sociais, que consiste em um conjunto de direitos fundamentais selecionados segundo os critérios da essencialidade. Sustein *apud* Silva (2007, p. 188), de outra parte, entende que o mínimo existencial, representado pelas necessidades humanas básicas, enquadra-se no âmbito dos direitos fundamentais de segunda dimensão, observado que sob um enfoque constitucional e democrático, o mínimo existencial deve ser atendido, sob pena de o indivíduo não ter como desfrutar o *status* de cidadão, pois o exercício da democracia exige certo grau de independência e segurança para todos.

Por sua vez, Alexy (2008, p. 502), em linhas gerais, defende o mínimo existencial, o qual denomina também de “direitos mínimos” ou “pequenos direitos sociais”, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, aferível por meio da técnica da ponderação no julgamento de um caso concreto. O mínimo existencial é uma regra constitucional, que resulta da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real, sendo obrigatória e sindicável judicialmente, uma vez que é ele um direito subjetivo definitivo vinculante. Conclui o indigitado autor que “[...] o programa minimalista tem como objetivo garantir ao indivíduo o domínio de um espaço vital e de um status social mínimos”.

Em Krell (2002, p. 63), encontra-se o entendimento de que o “padrão mínimo social”, que se acha umbilicalmente ligado à sobrevivência, há de incluir sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica<sup>149</sup> e a

---

<sup>149</sup> Sobre o tema, interessante a obra de Alexandra Beurlen, *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

vestimentas, à educação de primeiro grau e à garantia de uma moradia, admitindo o autor, entretanto, que o conteúdo concreto do referido mínimo deve variar de país para país.

Considerando que este trabalho defende a compreensão do mínimo existencial dedutível dos direitos sociais, Silva (2000, p. 199)<sup>150</sup> vincula esses direitos com o direito da igualdade e da liberdade. Assim, ele os define como “[...] prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”. Complementa o autor “[...] valem como pressupostos de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.”

Florenzano (2005 p. 47) estabelece um interessante contraponto entre *mínimo social* e salário mínimo. Para ele, seria muito mais útil e efetivo para as classes menos favorecidas, sobretudo para a classe trabalhadora, a instituição de um mínimo social do que a fixação de um salário mínimo, nos termos propostos no inciso IV do art. 7º, da Constituição Federal, uma vez que o salário mínimo nunca será capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador, muito menos de sua família, porque o mercado, em razão de sua lógica financeira, jamais irá pagar ao trabalhador mais do que ele adiciona à produção. Por outro lado, o mínimo social, composto pelo salário pago pela iniciativa privada mais as transferências (salário-família, bolsa-escola, cupom-alimentação etc.) eventualmente pagas pelo setor público (Estado), teria melhores condições de satisfazer referidas necessidades vitais.

Mostra-se oportuno acrescentar, ao tratar do salário mínimo, que é razoável o entendimento de que este engloba o mínimo existencial, com destaque para a parte que extrapola os direitos sociais constantes do art. 6º da CF, como vestuário, higiene e transporte. Considerando que a finalidade do salário mínimo é o atendimento das necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, parece lógica a justaposição dos conceitos de salário mínimo e mínimo existencial.

---

<sup>150</sup> Silva (2000, p. 199) classifica os direitos sociais, considerados os constantes dos arts. 6º a 11 da CF, nas seguintes classes: a) direitos sociais relativos ao trabalhador; b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social; c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; d) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; e) direitos sociais relativos ao meio ambiente.

Interessante destacar o significado e a peculiar função atribuídos à “renda social básica”<sup>151</sup>, consoante proposta formulada por Gorz. Para o autor (2004, p. 85-112), na sociedade moderna tem-se tornado cada vez mais difícil encontrar um rendimento suficiente e estável por meio de um trabalho remunerado, haja vista que o modo de produção capitalista tem demandado gradativamente menos trabalho. Assim, a solução para o impasse no âmbito da “sociedade do trabalho” não é criar mais trabalho, mas “repartir melhor todo o trabalho socialmente necessário e toda riqueza socialmente produzida”. Nesse contexto, são esboçadas algumas políticas específicas com o intuito de, ao romper com a sociedade do trabalho, construir uma “sociedade de multiatividade e de cultura”. Dentre essas políticas são elencadas a garantia de uma “renda social básica” e da “extensão do tempo disponível” como “multiplicadores de atividade; não como a possibilidade de não fazer nada, mas, ao contrário, como a possibilidade aberta a todos de desenvolverem mil outras atividades individuais e coletivas, privadas e públicas que não precisam mais ser rentáveis para serem realizadas”. Adverte o autor que essa nova forma de atuação engendra “a possibilidade das pessoas desenvolverem-se com autonomia, independentemente da necessidade das empresas” e, acrescente-se, do capital, liberando-as das coerções do mercado de trabalho.<sup>152</sup>

Oportuno trazer à luz a Lei federal n. 10.835, de 8 de fevereiro de 2004, que institui a renda básica de cidadania<sup>153</sup>, cujo projeto, de autoria do Senador Eduardo Suplicy, foi apresentado em 1991. A lei prevê uma renda para atender aos gastos com alimentação, educação e saúde de cada pessoa residente no país, incluindo os estrangeiros que moram no Brasil há mais de cinco anos e independentemente da situação financeira, de estado de

<sup>151</sup> A renda social básica refere-se à alocação universal de uma renda incondicional e suficiente para atender às necessidades e às aspirações que a sociedade pode satisfazer, representando um avanço em relação à renda mínima, cujo objetivo é suplantar as condições de miserabilidade (GORZ, 2004).

<sup>152</sup> Gorz (2004, p. 91) entende que a sociedade moderna não vive uma “crise” mas uma verdadeira “mutação”, pela qual “o capitalismo destrói por si mesmo as bases de sua existência e produz ele próprio as condições de possibilidade de seu ultrapassamento”.

<sup>153</sup> A idéia da renda básica de cidadania ou renda mínima embasa-se sobretudo nos estudos de Marx (cf. *Crítica ao programa de Gotha*, 1875), no sentido de que “de cada um de acordo com sua capacidade, a cada um de acordo com a sua necessidade”; de Aristóteles (cf. *Política*, escrito em 300 a.C.), expressando que para se alcançar justiça política é necessário, antes de mais nada, promover a justiça distributiva; de São Paulo (cf. *Segunda epístola aos Coríntios*), em que para haver justiça e igualdade, “o que colheu muito não tenha demais, e o que colheu pouco não tenha de menos”; de Paine (cf. *The life and major writings of Thomas Paine*, 1974), afirmando que “todo indivíduo nasce no mundo com um legítimo direito a uma certa forma de propriedade ou sua equivalente”; de Russel (cf. *Roads to freedom*, 1918), propondo um plano no qual “certa renda, suficiente para as necessidades, será garantida a todos, quer trabalhem ou não, e que uma renda maior – tanto maior quanto o permita a quantidade total de bens produzidos – deverá ser proporcionada aos que estiverem dispostos a se dedicarem a algum trabalho que a comunidade reconheça como valioso”; de Hayek (cf. *Os caminhos da servidão*, 1994), em que a garantia de um mínimo de meios de subsistência deve ser dado a todos (SUPLICY; BUARQUE, 2007).

necessidade ou mesmo comprovação de trabalho,<sup>154</sup> observando-se, para a fixação do valor do benefício, o grau de desenvolvimento do país e as possibilidades orçamentárias. A abrangência da renda básica de cidadania deverá ser alcançada em etapas, priorizando as camadas mais necessitadas da população.

Inobstante a relevância da proposta inserida na lei, observa-se que ela depende, para sua implementação, de regulamentação por parte do Poder Executivo, notadamente no que se refere ao valor do benefício. Dessa forma, a despeito de ser uma importante medida, parece ter o caráter de um sonho ou utopia que dificilmente se concretizará.

Pelas leituras das diversas posições conceituais, concernentes ao mínimo existencial, em sua vertente prestacional, colhem-se alguns pontos em comum ou de destaque, como, *v.g.*, estar o mínimo existencial representado pelo núcleo essencial tanto dos direitos sociais quanto do princípio da dignidade humana, formando, assim, os enfoques social e individual do aludido direito, bem como por estar ele fundamentado nos princípios da liberdade e da igualdade. Infere-se, ademais, que não se focaliza o mínimo existencial tão somente na preocupação da preservação da própria vida humana, o que parece por demais evidente, mas cuida também de preservar uma sobrevivência que atenda aos padrões elementares e desejáveis de dignidade.

Faz-se mister destacar que na vertente prestacional do mínimo existencial, consoante proposta formulada pelo presente estudo, encontra-se, sobretudo quanto ao elenco exposto por Torres, a *prestação gratuita de serviços públicos* e a *entrega de bens públicos* pelo Estado aos que deles necessitarem na sua função distributiva e independentemente de contraprestação financeira, sendo essas caracterizadas pela sua exigibilidade/sindicabilidade perante o Poder Judiciário. Na mesma linha de raciocínio insere a exposição do mestre de Lisboa, Miranda (2000, pp. 103-104), para quem os direitos fundamentais de índole social podem resumir-se num direito geral à igualdade consistente sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare* e anota que “esta igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efectiva-se; não é um princípio, mas uma consequência”. Não menos relevante é a sua proposição também quanto aos direitos sociais, no sentido de que nestes direitos “[...] parte-se da verificação da existência de desigualdades e de situações de necessidades [...] e da vontade de as vencer para estabelecer uma relação solidária entre todos os membros da mesma comunidade política”.

---

<sup>154</sup> Galdino (2005, p. 279), com fundamento em Van Parijjs, informa que os estudos demonstram que dar a todos é mais eficiente do que dar somente aos pobres, pois são eliminados os custos em relação à instituição de um sistema operacional burocrático de controle da necessidade dos beneficiários.

Pelo exposto, pode-se sumariamente inferir que o mínimo existencial, ao exigir que haja vida digna, relaciona-se às *clássicas liberdades públicas* (proteção à vida) e também ao *direito de igualdade*, eis que também propugna-se por uma dignidade no âmbito da qual se insere o nível de desenvolvimento econômico-social de uma dada comunidade e as possibilidades financeiro-orçamentárias estatais, destacado que há um *marco zero*, a partir do qual se espera, como um dever do Estado, que este avance de forma gradativa, inadmitindo-se retrocessos sociais.<sup>155</sup> Tal ponto de partida encontra-se agasalhado no texto constitucional e, com fulcro em Barcellos (2008), pode ser assim definido: educação fundamental, saúde básica, assistência no caso de necessidade e acesso à justiça. Entrementes, busca este estudo ir além desse ponto de partida para conferir a máxima efetividade ao mínimo existencial.

Demais disso, visando à configuração do mínimo existencial (que *in casu* entende-se como *direitos sociais*), o referenciado amalgamento necessário que deve haver entre liberdade e igualdade é bem descrito por Perez Luño (2008, p. 215, tradução nossa), nos termos seguintes:

[...], as liberdades públicas, que supõem concreções da liberdade, e os direitos sociais, enquanto especificações da igualdade, integram-se profunda e simultaneamente. Porque a liberdade sem igualdade não conduz à sociedade livre e pluralista, senão à oligarquia, é dizer, à liberdade de alguns e à não-liberdade de muitos.<sup>156</sup>

Finalmente, impende deixar destacado que, com amparo em Olsen (2008, p. 324), tanto os direitos sociais quanto o princípio da dignidade humana, em cujo âmbito é abrigado o mínimo existencial, têm também caráter fundamental, eis que o constituinte se preocupou com a realização dessas normas como um todo, e não somente em sua versão minimalista, conforme inclusive pode constatar-se pelas normas programáticas constantes da Tabela 2.3 do subitem 2.2.3.4 deste trabalho.

<sup>155</sup> O princípio da proibição do retrocesso social foi defendido por Canotilho (2003), significando que o legislador ou o administrador não podem abolir ou restringir o alcance dos direitos fundamentais sociais já proclamados e positivados, protegendo a ordem jurídica contra a insegurança reformista e promovendo a estabilidade dos direitos fundamentais. Por esse princípio, exige-se um caminhar sempre adiante, não se permitindo a retroação para prejudicar, consagrando a progressividade como evolução natural dos direitos sociais. Ressalte-se, inclusive, que esta proteção contra a insegurança reformista inclui-se como uma das características essenciais dos direitos fundamentais consubstanciadas nas “cláusulas pétreas”, conforme previsão constante do inciso IV, § 4º, art. 60 da CF. Para maiores detalhes quanto a esses temas v. item 2.2.2.

<sup>156</sup> [...], las libertades públicas, que suponen concreciones de la libertad, y los derechos sociales, em cuanto especificaciones de la igualdad, se integran profunda y simultáneamente. Porque la libertad sin igualdad no conduce a la sociedad libre y pluralista, sino a la oligarquía, es decir, a la libertad de algunos e a La no-libertad de muchos.

## 2.2.2 Atributos dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, como categoria jurídica fundamental, possuem atributos ou características que os identificam entre si e os distinguem das outras categorias jurídicas e que, via de regra, são apontados pelos doutrinadores como os seguintes: historicidade,<sup>157</sup> universalidade,<sup>158</sup> inalienabilidade,<sup>159</sup> irrenunciabilidade,<sup>160</sup> concorrência,<sup>161</sup> transnacionalidade,<sup>162</sup> imprescritibilidade, limitabilidade, proibição do retrocesso, constitucionalização, inerência, indivisibilidade e interdependência, aplicabilidade imediata, observado que os atributos que interessam mais de perto ao presente estudo são os oito últimos citados, pois que mais correlacionados com a efetividade das respectivas normas jusfundamentais. Insta assinalar que a análise dos atributos dos direitos fundamentais auxilia sobretudo na compreensão desses direitos como um todo e em vários aspectos particulares, como, por exemplo, nas tarefas interpretativa e argumentativa.

Desde já, imperioso deixar assentado que a presente análise parte do pressuposto de que os atributos ora elencados abrangem todos os direitos fundamentais, em suas diversas dimensões, haja vista que é aceita a tese, neste trabalho, da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. Demais disso, a *Lex Suprema* não estabelece qualquer distinção de regime jurídico entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, a exemplo do que dispõe a Constituição Portuguesa.

Consoante Silva (2003, p. 181), os direitos fundamentais são sempre exercíveis e exercidos, não havendo a possibilidade de alegação de sua prescritibilidade, como intercorrência temporal de não-exercício. Assevera Paula (2006, p. 37) que “[...] uma vez positivados os direitos fundamentais, alterações legislativas ou mesmo constitucionais posteriores não encerram a exigibilidade de tais direitos”, advertindo, porém, que a exigibilidade diferencia-se da aplicação mediante a instrumentalização de sua eficácia. Nessa

---

<sup>157</sup> São os direitos fundamentais considerados históricos, uma vez que aparecem progressivamente, mediante um processo de afirmação de constante mutação, das lutas que o homem trava por sua própria emancipação (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 228).

<sup>158</sup> Os direitos fundamentais são universais, pois dado a fundamentalidade de seu conteúdo que os tornam imprescindíveis à convivência e existência digna, com liberdade e igualdade, destinam-se a todos os seres humanos de todo tempo e lugar (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 228).

<sup>159</sup> Os direitos fundamentais são intransferíveis e inegociáveis, mesmo por que não possuem conteúdo econômico-patrimonial, e, dessa forma, não se encontram à disposição de seu titular (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 229).

<sup>160</sup> Como os direitos fundamentais não pertencem ao indivíduo, mas a toda a humanidade, sendo inalienáveis, decorre, também, que não podem ser renunciados (PAULA, 2006, p. 37).

<sup>161</sup> O atributo da *concorrência* refere-se à possibilidade de cumulatividade de exercício dos diversos direitos fundamentais pelo mesmo titular (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 230).

<sup>162</sup> Os direitos fundamentais são transnacionais, pois independem da nacionalidade ou da cidadania, sendo assegurados a qualquer pessoa (WEIS, 2006, p. 121).

esteira, verifica-se que os direitos fundamentais são *potencialmente* efetivos, visto que a sua eficácia jurídica, que é a ante-sala da efetividade, é reconhecida de forma prévia e originária, considerados os devidos temperamentos, conforme pode perceber-se pela análise, mais adiante, da característica da aplicabilidade imediata.

Como não há direitos absolutos, são eles limitáveis. Inclusive um direito fundamental pode, *in concreto*, limitar o exercício do outro. Desta feita, Cunha Júnior (2008, p. 230) ensina que:

É necessário, portanto, haver uma relação de conciliação ou de ponderação ou concordância prática entre os direitos fundamentais concretamente em conflito, balanceando-se, através de um juízo de proporcionalidade, os valores em disputa, num esforço de harmonização, de modo que não acarrete o sacrifício definitivo de algum deles.

Completa o doutrinador que, mesmo que seja admitida a restringibilidade dos direitos fundamentais pela própria Constituição ou pela necessidade de interação com outras disposições constitucionais, sempre deverá ser preservado o conteúdo mínimo desses direitos. Nota-se, com efeito, que o atributo da limitabilidade toca de perto ao objeto da atual pesquisa, uma vez que – além de referir-se ao método de sopesamento proposto por Alexy (2008) e que é tratado no Capítulo III – harmoniza-se, ainda, com o posicionamento ora defendido de que o mínimo existencial consubstancia-se no núcleo básico dos direitos sociais e no princípio da dignidade humana.

Por sua vez, o atributo da proibição do retrocesso, já mencionado no tópico precedente, mostra-se como conseqüência de um processo evolutivo de lutas “[...] em prol da afirmação de posições jurídicas concretizadoras da dignidade da pessoa humana”, em que os direitos fundamentais, “[...] uma vez reconhecidos, não podem ser suprimidos, ou abolidos, ou enfraquecidos” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 231). Mencionada característica revela-se importante, haja vista que reforça as conquistas obtidas em relação aos direitos fundamentais, conferindo-lhes maior estabilidade quanto à sua posituação.

Por outro lado, esta característica tem pertinência com a concepção dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas,<sup>163</sup> as quais se configuram como um limite material, seja expresso ou implícito,<sup>164</sup> à reforma constitucional, objetivando-se assegurar a permanência de

<sup>163</sup> A fundamentalidade formal dos direitos fundamentais (que pressupõe a fundamentalidade material), referindo-se aos direitos fundamentais inseridos no texto da Constituição, seja no Catálogo (Título II) ou extra-catálogo (dispersos no texto e decorrentes do regime e dos princípios), confere a tais direitos a proteção reforçada contra a ação erosiva do Poder Constituinte derivado (CF, art. 60, § 4º, IV), constituindo, portanto, em limites materiais à reforma da Constituição.

<sup>164</sup> Netto (2009, p. 108-110) defende a concepção dos direitos sociais como *limites implícitos* à reforma constitucional, uma vez que não são estes referidos expressamente no art. 60, § 4º, da CF. Elenca a autora como fundamentos justificadores dessa configuração: a) os princípios estruturantes do Estado Constitucional; b) a dignidade da pessoa humana e a igualdade material; c) a abertura constitucional ao Direito Internacional;

determinados conteúdos da Constituição tidos como essenciais. Sarlet (2007, p. 427-428; 436) entende que, “[...] desde que preservado o sentido do preceito e não afetada a essência do princípio objeto da proteção”, modificações no enunciado do dispositivo não conduzem necessariamente a uma inconstitucionalidade. Entretanto, constata-se que “[...] tal circunstância apenas pode ser aferida à luz do caso concreto e considerando as peculiaridades de cada direito fundamental”.

Em que pese os direitos fundamentais serem universais, dependem eles do reconhecimento formal, que se dá por meio das declarações solenes de caráter internacional e das constituições. No plano interno, cabe à Constituição o papel por excelência de proteção dos direitos fundamentais, *locus* onde estes extraem a sua força normativa, a despeito de que, quanto aos tratados internacionais de direitos humanos, como já salientado, não há por parte do STF o reconhecimento de sua hierarquia normativa constitucional. Ressaltado que a Constituição se encontra no ápice do sistema jurídico-normativo, imperioso admitir a força normativa desses direitos e a forma acentuada pela qual essa força milita a favor da efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo à luz da teoria neoconstitucionalista.

O atributo da inerência coaduna-se com a noção de que os direitos humanos são inerentes a cada pessoa pelo simples fato de existir e com a idéia de direitos inatos do ser humano. Harmoniza-se, ademais, com a “[...] existência do ser humano livre, anterior à criação do Estado, permite a limitação da ação deste ou seu direcionamento para a criação de condições favoráveis à vida em sociedade”. Atualmente, o reconhecimento do caráter inerente dos direitos humanos tem a função “de propiciar a constante alteração do sistema normativo dos direitos humanos, sempre que se renovar o entendimento do que seja a ‘dignidade inerente a todos os membros da família humana’” (WEIS, 2006, p. 109-111). Essa possibilidade de *mutação* do conteúdo dos direitos humanos permite conferir força expansiva ao significado e ao alcance do mínimo existencial, sob o influxo das mudanças evolutivas operadas no seio social, em que se inadmita o retrocesso em relação aos avanços alcançados.

Apesar das características da *indivisibilidade* e da *interdependência* andarem sempre juntas, não representam expressões sinônimas. Weis (2006, p. 118) explica que a indivisibilidade “[...] está ligada ao objetivo maior do sistema internacional de direitos humanos: a promoção e garantia da dignidade do ser humano”; já a interdependência “[...] diz

---

d) a necessidade de conformação dos direitos sociais pelo legislador ordinário e o espaço constitucional compromissório; e e) o sistema constitucional de direitos fundamentais. De seu turno, Sarlet (2007, p. 433) sustenta que os direitos sociais devem ser entendidos como direitos individuais e, por isso, os consideram como *limites expressos* à reforma constitucional, vez que expressamente positivados no art. 60, § 4º, IV, da CF.

respeito aos direitos humanos considerados em espécie, ao se entender que um certo direito não alcança a eficácia plena sem a realização simultânea de alguns ou de todos os outros direitos humanos”. Tais atributos são importantes para a compreensão da temática deste estudo, no sentido de que, no primeiro caso, considera-se que só há vida verdadeiramente digna se todos os direitos fundamentais previstos estiverem sendo respeitados, sejam estes civis e políticos, ou econômicos, sociais e culturais; e no último, diz-se que os direitos civis e políticos não podem ser realizados, a menos que se criem condições para a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Percebe-se que os atributos da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos contribuem sobremaneira para o fortalecimento da efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, haja vista que os atrelam aos direitos civis e políticos, que, por sua vez, são reputados plenamente aplicáveis e justiciáveis.

Em conformidade com o § 1º do art. 5º da CF, os direitos fundamentais gozam de aplicabilidade imediata.<sup>165</sup> Todavia, a delimitação do significado e do alcance do dispositivo não atingiu, ainda, consenso na doutrina pátria. Pelo contrário, mostra-se como um dos temas mais polêmicos do Direito Constitucional. De seu turno, Sarlet (2007, p. 276) assim se manifesta sobre os diferentes posicionamentos existentes sobre a matéria:

[...] a controvérsia que se trava no seio da literatura jurídico-constitucional conduz a tudo, menos a um juízo seguro sobre a matéria. As diferentes concepções encontradas oscilam entre os que, adotando posição extremamente tímida, sustentam, por exemplo, que a norma em exame não pode atentar contra a natureza das coisas, de tal sorte que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei, e os que situados em outro extremo, advogam o ponto de vista segundo o qual até mesmo normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude de sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa.<sup>166</sup>

Sarlet (2007, p. 272; 282; 284-285), adotando uma posição que pode ser considerada como *moderada* ou de natureza intermediária, adverte que para a análise do significado e do alcance da norma contida no § 1º do art. 5º não há como desconsiderar acerca da função precípua dos direitos fundamentais (direito de defesa ou prestacional), nem da sua estrutura jurídico-normativa (forma de positivação) no texto constitucional, “[...] já que ambos

<sup>165</sup> Silva (1999, p. 60) compreende a aplicabilidade da norma em conexão direta com a sua eficácia, uma vez que “uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz”. Assim, assevera o autor que “se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicabilidade aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade”. Com efeito, infere-se que a característica de “aplicabilidade imediata” da norma constitucional definidora de direitos e garantias fundamentais significa a eficácia dessa norma, que não depende, conforme o comando constitucional, de regulamentação legislativa, estando apta a produzir efeitos jurídicos.

<sup>166</sup> Sarlet cita como defensor da primeira corrente Ferreira Filho (Cf. *Aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais*, in: Revista de Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo n. 29 (1988), p. 35 e ss.); e da segunda corrente, Eros Grau (Cf. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997).

os aspectos, a toda evidência, constituem fatores intimamente vinculados ao grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais”.

Entretanto, independentemente da análise dos aspectos citados, assevera o autor que a norma em referência, de índole principiológica, “[...] impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais”, (como *mandado de otimização* à Alexy), inclusive mediante a promoção das condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos. Nesse sentido, defende o jurista que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas, de acordo com a lógica do tudo ou nada, “[...] razão pela qual o seu alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta”. Por isso, obtempera o jurista, na eventual recusa de sua aplicação (por ser excepcional), deverá ser esta necessariamente fundamentada e justificada. E complementa que “[...] a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constituiu, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição”.

Levando em conta os dois aspectos mencionados, o autor chega à conclusão que, especialmente em relação aos direitos prestacionais (aspecto funcional), os quais configuram objeto deste estudo, quando as suas normas possuírem cunho programático (aspecto estrutural) somente desencadeariam a sua plena eficácia, tornando-se exigíveis, após concretizadas pelo legislador infraconstitucional (*interpositio legislatoris*).<sup>167</sup> Entretanto, observado que todo e qualquer preceito da Constituição, notadamente quando se trata de preceito referente a direitos fundamentais, ainda que de cunho programático, é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade, Sarlet (2007, p. 312-317) elenca as seguintes cargas eficaciais comuns a todas as normas definidoras de direitos fundamentais: a) acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental, bem como a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais; b) contém imposições que vinculam o legislador, no sentido que este não apenas está obrigado a concretizar os programas, tarefas, fins e ordens, mas também que

---

<sup>167</sup> Vários doutrinadores defendem que a máxima eficácia/aplicabilidade das normas constitucionais definidoras de direitos sociais encontra pelo menos dois limites: além da necessidade da *interpositio legislatoris*, de reservas financeiras quase sempre indisponíveis. Nesse sentido, dentre outros, Bucci (2006, p. 29); Krell (2002, p. 22). Todavia, quanto ao mínimo existencial, como direitos sociais básicos ligados à sobrevivência digna do indivíduo, a este deve ser conferido tratamento diferenciado, adotando-se certos temperamentos. Este tema é visto com maior particularidade no Capítulo III, quando do estudo das *restrições aos direitos fundamentais*.

o legislador, ao cumprir seu desiderato, não pode afastar-se dos parâmetros estabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais; e, particularmente quanto aos direitos prestacionais de cunho programático: c) condicionam a atividade da Administração e do Poder Judiciário na aplicação, interpretação e concretização de suas normas e das demais normas jurídicas; d) geram, no mínimo, direito subjetivo no sentido negativo, já que sempre possibilita ao indivíduo que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental.

Leivas (2002, p. 94-95), em relação aos direitos sociais, defende a sua plena aplicabilidade, nos seguintes termos:

Se se admite a existência de direitos fundamentais sociais, então eles têm aplicabilidade imediata, uma vez que os direitos fundamentais são posições tão importantes que sua outorga ou não-outorga não pode ficar em mãos da simples maioria parlamentar. Portanto, quem defende a programaticidade dos direitos fundamentais sociais necessitará defender a inexistência de direitos fundamentais na Constituição brasileira e argumentar contra a própria literalidade do texto constitucional, que inclui o Capítulo II – Dos Direitos Sociais – no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Merece ser acrescentado, ainda, que os direitos prestacionais de cunho programático geram, quanto ao seu núcleo básico (essencial e intangível), direito subjetivo público, pois que viabiliza ao indivíduo que exija do Estado uma prestação positiva, que esteja em consonância com a norma extraída, mediante uma atividade ponderativa, sobretudo na esfera de uma decisão judicial. Nesse diapasão, posiciona-se Branco (2002, p. 133-134), para quem a norma constante do § 1º do art. 5º liga-se à preocupação em evitar que, nos sistemas jurídicos democráticos, “[...] as posições afirmadas como essenciais da pessoa quedem como letra morta ou que somente ganhem eficácia a partir da atuação do legislador”. Demais disso, o dispositivo autoriza que os operadores do direito, incluídos os juízes, mesmo à falta de comando legislativo infraconstitucional, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa.

Face ao exposto, algumas conclusões podem ser expendidas em relação ao atributo da aplicabilidade imediata. Considera-se que as normas constitucionais têm sempre uma eficácia mínima no que toca ao seu núcleo essencial e intangível, característica que qualifica também as normas de cunho programático e, nesse nível, independem da *interpositio legislatoris* para a sua aplicabilidade e sindicabilidade. Logo, como já por diversas vezes se manifestou neste trabalho, o direito ao mínimo existencial representa o núcleo dos direitos sociais e da dignidade humana.

Outrossim, mesmo quando este direito for positivado por meio de normas constitucionais programáticas, pode inferir-se que é plenamente aplicável e justiciável.

Lembrando-se que, consoante mencionado alhures, as normas de cunho programático ou principiológico, por possuírem baixa densidade normativa, exigem para sua delimitação, inclusive quanto ao seu núcleo, um juízo ponderativo no âmbito de um caso concreto em que, via de regra, valores são sopesados. Diferentemente ocorre quando o direito ao mínimo existencial estiver positivado por meio de regras, em que não são geradas maiores dificuldades nesta seara. As regras, por possuírem alta densidade normativa, fixam abstratamente, por si próprias, o seu raio de incidência, não dependendo, por isso, da existência de um caso concreto para delimitar o seu alcance, já que se aplicam ao modo do *tudo ou nada*.

### 2.2.3 Classificações dos direitos fundamentais

Vários critérios são empregados para a classificação dos direitos fundamentais. De maneira geral, as classificações inspiram-se primordialmente na teoria de Jellinek quanto ao *status*.<sup>168</sup> Com ancoragem em Gouvêa (2003, p. 251), em linhas gerais, a teoria de Jellinek, cuja perspectiva baseia-se na relação cidadão/Estado, sustenta que a evolução do reconhecimento dos direitos fundamentais processa-se em etapas, sendo:

O *status subiectionis* ou passivo, em que o Estado apenas impõe deveres aos indivíduos; o *status negativus*, em que o Estado reconhece ao cidadão liberdades não protegidas; o *status positivus* ou *civitatis*, em que o Estado protege direitos de liberdade, e o *status activus*, em que o Estado reconhece ao cidadão ‘capacidades que se encontram fora de sua liberdade natural’, incluindo o direito à participação política (cidadania ativa). Deve-se observar que os desenvolvimentos mais recentes do *status positivus* de Jellinek propõem sua subdivisão: de um lado, estariam o *status positivus libertatis*, relacionado aos direitos de índole liberal, de outro, o *status positivus socialis*, abrangendo os chamados direitos sociais (prestações em sentido estrito). (Grifos do autor).

Com efeito, a classificação de Alexy (2008), que parte das noções oriundas da classificação de Jellinek e se encontra sempre permeada pela idéia de direitos subjetivos, se mostra relevante, pois – ao explicitar com particular minudência os direitos fundamentais sociais, considerados os direitos a prestações em sentido estrito que consistem em prestações fáticas benéficas por parte do Estado em favor dos cidadãos – ,<sup>169</sup> toca no âmago do enfoque da presente investigação.

<sup>168</sup> Lembrando que em nota de rodapé n. 35, no Capítulo I, tratou-se genericamente da teoria do *status* de Jellinek.

<sup>169</sup> Marcante é o posicionamento de Alexy (2008, p. 441), no sentido de que “[...] a polêmica sobre os direitos a prestações é marcada por uma profunda divergência de opiniões acerca da natureza e da função do Estado, do Direito e da Constituição – e também dos direitos fundamentais –, bem como acerca da percepção da atual situação da sociedade. Visto que essa polêmica se relaciona, entre outros, a problemas distributivos, seu ‘caráter politicamente explosivo’ é facilmente compreensível. Em quase nenhuma área a conexão entre o

Quanto à classificação material e formal de direitos fundamentais trazida à lume por Sarlet (2007), revela-se esta igualmente importante, uma vez que, ao abarcar e dissecar todos os direitos fundamentais constantes da Constituição brasileira de 1988, leva a uma perfeita compreensão do tema no contexto do direito pátrio, facilitando sobremaneira a abordagem da temática proposta pelo trabalho ora empreendido.

Inclui-se, ainda, a classificação elaborada por Bandeira de Mello (2009), eis que possui íntima conexão com a temática em estudo, pois além de cuidar da especificidade dos direitos sociais, os tratam como direitos extraíveis diretamente do texto constitucional.

Por fim, são trazidas à luz propostas de classificação que visam abarcar, sem pretensão de completude ou exaustividade, os dispositivos ou normas da Constituição Federal de 1998 que têm correlação com o mínimo existencial e com o escopo do presente estudo, pavimentando a análise que é engendrada no próximo Capítulo. Por uma questão meramente didática, inicia-se pela classificação elaborada por Sarlet.

### 2.2.3.1 Material e formal

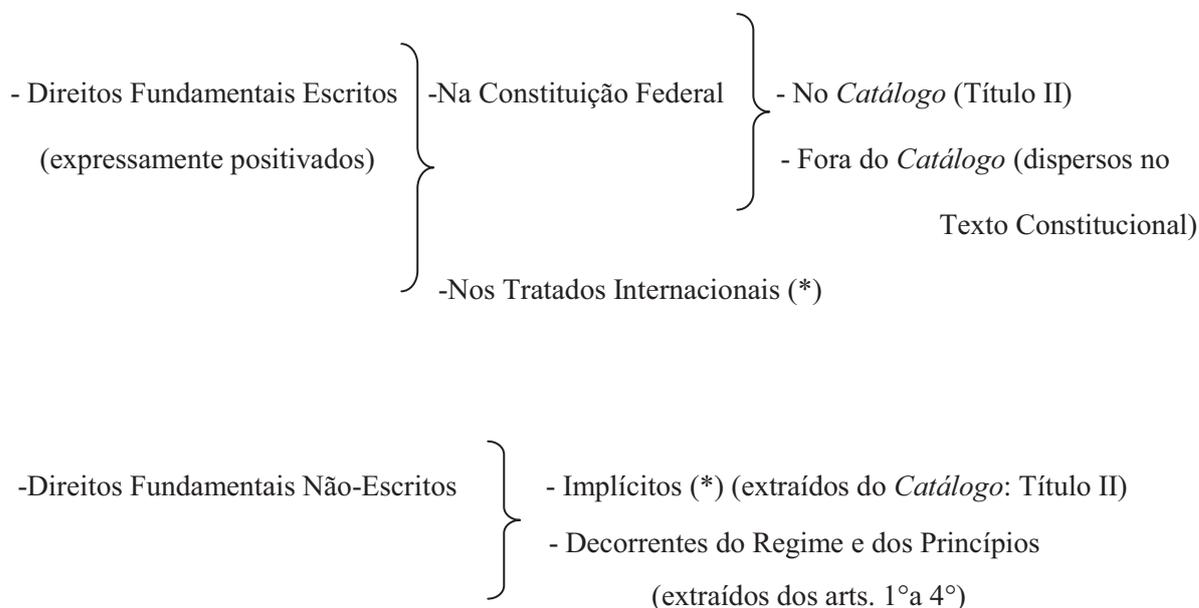
Dando continuidade à conceituação dos direitos fundamentais sob as perspectivas formal e material concernente à Constituição Federal de 1988 tratada no item 2.2.1 deste trabalho, com fulcro no ensinamento de Sarlet (2007, p. 75-241), o qual será tomado como base para o desenvolvimento deste item, pode dizer-se que os direitos fundamentais na Constituição Federal foram acolhidos tanto no “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (conhecido como o *catálogo* dos direitos fundamentais) como em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, havendo, ainda, previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, por determinação do conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo § 2º do art. 5º.<sup>170</sup>

---

efeito jurídico e as valorações práticas gerais ou políticas é tão clara, em quase nenhum campo a polêmica é tão tenaz.”

<sup>170</sup> Sarlet (2007, p. 102-103) não admite, em face da abertura do catálogo, a existência de “direitos fundamentais legais”, uma vez que defende que a legislação ordinária deve concretizar e regulamentar os direitos fundamentais positivados na CF, tornando-os, em se tratando de normas de eficácia limitada, diretamente aplicáveis, e não inaugurá-los, inserindo-os *abovo* e independentemente de detutibilidade do texto constitucional no mundo jurídico. Para o autor, os direitos fundamentais constantes da legislação infraconstitucional são mera explicitação de direitos implícitos fundados na Constituição. Por exemplo: o direito a alimentos, que é deduzido do direito à vida e do princípio da dignidade humana. Atualmente, esse

Dessa forma, Sarlet, com fundamento no entendimento subjacente ao art. 5º, § 2º da CF, expõe duas espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição formal); b) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto constitucional).<sup>171</sup> Ademais, o autor, levando em conta os direitos fundamentais ancorados no *catálogo* e o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais extraído do referido dispositivo constitucional, elabora a seguinte classificação de cunho formal e material dos direitos fundamentais na CF, destacado que, no que tange aos direitos fundamentais constantes do catálogo, aos dispersos no Texto Constitucional e aos decorrentes do regime e dos princípios que são formal e materialmente constitucionais, os demais, os direitos fundamentais inscritos nos tratados internacionais e os implícitos classificam-se em sentido apenas material:



(\*) São direitos materialmente constitucionais; os demais são formal e materialmente constitucionais.

Em relação às normas constitucionais, que têm correlação com o mínimo existencial em sua vertente prestacional, há os direitos sociais inseridos no *Catálogo*, que se encontram dispostos no art. 6º,<sup>172</sup> ainda que anunciados de forma genérica, sem qualquer

---

exemplo merece reparos, pois que, em face da EC n. 64/2010, a alimentação foi incluída dentre os direitos sociais previstos no art. 6º da CF.

<sup>171</sup> Sarlet menciona a doutrina que advoga a existência de uma terceira categoria, a dos direitos formalmente constitucionais, que constam do catálogo, mas não se enquadram no conceito material de direitos fundamentais. Para ele, entretanto, todos os direitos fundamentais em sentido formal (integrantes do catálogo) também são materialmente fundamentais.

<sup>172</sup> Informa Sarlet (2007, p. 97) que “[...] na doutrina nacional já foi virtualmente pacificado o entendimento de que o rol dos direitos sociais (art. 6) e o dos direitos sociais dos trabalhadores (art. 7º) são – a exemplo do art. 5º, § 2º, da CF – meramente exemplificativos, de tal sorte que ambos podem ser perfeitamente qualificados de cláusulas especiais de abertura.”

explicitação relativamente ao seu conteúdo, que deverá ser buscada no capítulo da ordem econômica e, acima de tudo, da ordem social (fora do *Catálogo*),<sup>173</sup> aos quais, em conformidade com a Tabela 2.2 do subitem 2.2.3.4., incluem-se os seguintes dispositivos: art. 196; art. 197; art. 203, I, II e V; art. 206, IV, VII e VIII e art. 208, I, II, III, IV, V, VI, VII e §§ 1º e 2º. Quanto aos direitos fundamentais sediados em Tratados Internacionais,<sup>174</sup> os quais estão relacionados no item 1.2.3 do presente estudo, poderão ser também formalmente constitucionais, desde que obedecidos os requisitos previstos no § 3º do art. 5º da CF.

No que tange aos direitos não-escritos, ainda que se esteja longe de obter um consenso em relação a eles, pode estatuir-se que os direitos fundamentais implícitos constituem-se posições fundamentais diretamente subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais constantes do catálogo (direitos implícitos em sentido estrito); ao passo que os direitos decorrentes do regime e dos princípios constituem-se em posições jurídicas material e formalmente fundamentais fora do catálogo, diretamente deduzidas do Título I (arts. 1º a 4º), devendo, entretanto, ter a sua importância equiparada aos direitos constantes do catálogo (direitos implícitos em sentido amplo), uma vez que todos os direitos fundamentais *extra-catálogo* devem guardar a necessária equiparação ou similitude, no que condiz com seu conteúdo e importância, com as posições jurídicas fundamentais contempladas expressamente no catálogo.

Com maestria, Sarlet destaca que a acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais consagra de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, e conclui “[...] já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido o caráter meramente programático, enquadrando-se na categoria de normas de eficácia limitada”. Ademais, com respaldo no § 1º do art. 5º, que estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, é excluído, em princípio, o cunho programático desses preceitos.<sup>175</sup>

Por outro lado, o mencionado jurista elenca os efeitos produzidos relativamente às normas de direito fundamental, a partir de sua classificação de cunho formal ou material: a)

<sup>173</sup> O próprio texto do art. 6º autoriza a existência de direitos sociais dispersos no texto constitucional, já que expressamente prevê no final do dispositivo, após a enunciação dos direitos sociais básicos, “[...] na forma desta Constituição”.

<sup>174</sup> A expressão “tratados internacionais” deve ser compreendida como termo genérico, cujas espécies são os acordos, convenções e demais atos normativos internacionais. Quanto à recepção dos tratados internacionais na ordem interna reportar aos itens 1.2.3.2. e 1.2.3.3 deste trabalho.

<sup>175</sup> A análise minudente do alcance e significado do § 1º do art. 5º da CF é realizada no item 2.2.2.

quanto à fundamentalidade formal: a.1) como normas inseridas no texto da Constituição elevam os direitos fundamentais ao ápice de todo o ordenamento jurídico; a.2) como normas constitucionais, definidoras de direitos fundamentais, encontram-se submetidas aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (CF, art. 60) e são diretamente aplicáveis, vinculando de forma imediata as entidades públicas e privadas (CF, § 1º do art. 5º); b) quando à fundamentalidade material: são consideradas normas que contêm decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade e cujo conteúdo, por força do § 2º do art. 5º, é estendido, resultando na abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal.

Pelo exposto, infere-se que a classificação elaborada por Sarlet muito contribui para clarificar o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais, particularmente do direito ao mínimo existencial em sua vertente prestacional, no âmbito da Constituição Federal de 1988.

#### 2.2.3.2 Funcional

No Capítulo 9 de sua obra, que serve de material de apoio para todo este tópico, trata Alexy (2008, p. 433-519) da classificação funcional dos direitos fundamentais. *Ab initio*, o autor contrapõe aos direitos de defesa (ações negativas/abstenções) do cidadão contra intervenções dos Poderes Públicos, os direitos a prestações (ações positivas) do Estado, que pertencem ao *status* positivo. Em sentido amplo, estatui que todo direito a uma ação positiva do Estado é um direito a uma prestação. Nessa senda, acrescenta:

A escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito a prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcança até prestações em dinheiro e outros bens.<sup>176</sup>

Em breve síntese, a classificação funcional de direitos fundamentais de Alexy pode ser assim exposta:

a) Direitos de Defesa em Sentido Amplo: são os clássicos direitos de liberdade. Representam os direitos de defesa do cidadão em face do Estado para que este último se abstenha de intervir (ações negativas), pertencendo ao *status* negativo dos direitos fundamentais;

---

<sup>176</sup> Entende-se que deve ser acrescentada a esta lição as *prestações em serviços públicos*.

b) Direitos a Prestações em Sentido Amplo: são os direitos que demandam, de forma genérica, ações estatais positivas.<sup>177</sup>

b.1) Direitos a Proteção: referem-se a direitos subjetivos constitucionais a ações fáticas ou normativas em face do Estado, a fim de que este último proteja o titular do direito fundamental contra intervenções lesivas de terceiros;

b.2) Direitos a Organização e Procedimento:<sup>178</sup> referem-se a direitos a ações fáticas ou a prestações normativas consistentes em um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental na organização ou nos procedimentos relevantes. Tais direitos se estendem a uma proteção jurídica efetiva (direitos a procedimentos) até aqueles direitos a medidas estatais de natureza organizacional (direitos a organização);

b.3) Direitos a Prestações em Sentido Estrito: referem-se a direitos a prestações fáticas consistentes em um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas. Estes direitos se consubstanciam nos direitos fundamentais sociais.<sup>179</sup>

Deter-se-á a investigação em relação aos direitos a prestações em sentido estrito, os quais se referem ao enfoque do presente estudo.

Leivas (2002, p. 89), com supedâneo no pensamento alexiano, apresenta a seguinte definição de direitos fundamentais sociais:

Eles são, em sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a

<sup>177</sup> Alexy (2008, p. 444-445) adverte que, ao contrário dos direitos a ações negativas, “[...] os direitos a ações positivas do Estado impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos. Por isso, todos os direitos a ações positivas suscitam o problema de se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos”. De outro lado, o doutrinador esclarece que os direitos a prestações somente podem ser assim considerados se se tratar de direito subjetivo e de nível constitucional. Ele distingue os direitos subjetivos que não têm nível constitucional e os de nível constitucional que não outorgam direitos subjetivos. Acrescenta: “Os direitos subjetivos de nível não-constitucional podem ou ser direitos subjetivos outorgados pelo direito infraconstitucional ou direitos morais, que se fundam não em normas jurídicas, mas em normas morais. No caso das normas que não outorgam direitos subjetivos, elas podem ser normas constitucionais, normas infraconstitucionais ou, ainda, normas morais”.

<sup>178</sup> Alexy (2008, p. 483-499) elenca os seguintes tipos de direitos a organização e procedimento: a) competências de direito privado: são direitos em face do Estado a que este crie normas constitutivas para ações de direito privado e, com isso, constitutivas para a fundamentação, a modificação e a eliminação de posições de direito privado. Ex.: as normas sobre propriedade (instituto de direito privado), visto que sem elas não há propriedade em sentido jurídico; b) procedimentos judiciais e administrativos (procedimentos em sentido estrito): são direitos essenciais a uma proteção jurídica efetiva; c) organização em sentido estrito: são as exigências que os direitos fundamentais impõem a áreas jurídicas como o direito do ensino superior, o direito da radiodifusão e o direito de co-gestão; e d) formação da vontade estatal: são os direitos em face do Estado a que este, por meio de legislação ordinária, crie procedimentos que possibilitem uma participação na formação da vontade estatal. Ex.: a regulação por meio de legislação ordinária da competência para votar.

<sup>179</sup> Sarlet (2007, p. 231) esclarece que o conceito de direitos sociais não se restringe à dimensão prestacional, abrangendo o que se denomina liberdades sociais (e.g., direito de greve, liberdade sindical), que podem ser reconduzidas ao direito de defesa. Assim, conclui que os direitos sociais não são exclusivamente prestacionais. Entretanto, pode identificar-se os direitos a prestações em sentido estrito, conforme proposto por Alexy, com os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional.

importância destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional.

De seu turno, consoante a classificação de Alexy, as normas veiculadoras de direitos fundamentais sociais que são de direitos a prestações em sentido estrito, podem ser diferenciadas sob o enfoque teórico-estrutural em três critérios, cuja combinação resulta em 8 (oito) normas de estrutura bastante diversa,<sup>180</sup> que são:

a) Normas que garantam direitos subjetivos (exigíveis pelo cidadão perante o Estado, inclusive pela via judicial) e normas que apenas obriguem o Estado de forma objetiva (são deveres objetivos do Estado, inclusive do legislador, mas que não geram respectivos direitos subjetivos dos cidadãos em face do Estado);

b) Normas vinculantes (que geram direitos subjetivos) e não-vinculantes (de caráter programático, que só após a regulamentação do legislador infraconstitucional seriam capazes de gerar direitos subjetivos);

c) Normas que fundamentam direitos e deveres definitivos (por meio de regras) ou *prima facie* (por meio de princípios). Ambas podem gerar direitos subjetivos.

Explica-se que o *enfoque teórico-estrutural* supracitado encontra-se permeado, consoante já referido, pela análise centrada na existência ou não de direito subjetivo, pois esta é a circunstância real de efetivação dos direitos fundamentais e, particularmente, dos direitos sociais. Ademais, a partir dessa análise é possível inferir-se também que a *proteção mais intensa* é garantida pelas normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações e, ao contrário, a *proteção mais fraca* é representada pelas normas não-vinculantes que fundamentam apenas um dever estatal objetivo *prima facie* à realização de prestações.

Para Alexy, frente às citadas gradações dos direitos fundamentais sociais, o mínimo existencial consubstancia um direito subjetivo definitivo vinculante, caracterizado, assim, pela garantia da proteção mais intensa. Inclusive Alexy adverte que, a despeito da Constituição alemã ser extremamente cautelosa em formular direitos a prestações, o Tribunal Constitucional Federal pressupõe um direito fundamental a um mínimo existencial com fundamento nos princípios da dignidade humana e do Estado Social. De outra parte, Alexy diferencia os direitos a prestações em sentido estrito sob o *aspecto substancial*, naqueles de conteúdo minimalista e nos de conteúdo maximalista, destacando que “o programa

<sup>180</sup> As gradações formuladas por Alexy relativas aos direitos fundamentais sociais são assim dispostas por ele, em ordem decrescente de intensidade de proteção: (1) direito vinculante subjetivo definitivo a prestações; (2) direito vinculante subjetivo *prima facie* a prestações; (3) dever estatal vinculante definitivo a prestações; (4) dever estatal vinculante *prima facie* a prestações; (5) direito não-vinculante subjetivo definitivo a prestações; (6) direito não-vinculante subjetivo *prima facie* a prestações; (7) dever estatal não-vinculante definitivo a prestações; e (8) dever estatal não-vinculante *prima facie* a prestações.

minimalista tem como objetivo garantir ao indivíduo o domínio de um espaço vital e de um *status* social mínimo, ou seja, aquilo que é chamado de ‘direitos mínimos’ e ‘pequenos direitos sociais’. Já um conteúdo maximalista pode ser percebido quando se fala de uma realização completa dos direitos fundamentais”.<sup>181</sup> Resta claro que o conteúdo minimalista traduz-se no mínimo existencial, em que pese neste trabalho o mínimo existencial ser considerado um direito subjetivo *prima facie*, tendo em vista que a maioria das normas constitucionais das quais pode ser extraído o conteúdo desse direito tem caráter de princípio, embora se busque, no caso concreto, o mínimo existencial como um direito definitivo a prestações.

### 2.2.3.3 Quanto à imediata geração de direitos

A presente classificação é proposta por Bandeira de Mello (2009), cujo critério é o da investidura, em prol dos administrados, de direitos dedutíveis direta e imediatamente do texto constitucional. Sem desprezar as classificações sobre a eficácia das normas constitucionais elaboradas por outros doutrinadores, esclarece o autor que o modelo sugerido “[...] revela-se como um ensaio, proposto como necessário adjutório pra o exame dos direitos sociais invocáveis a partir dos preceitos constitucionais”.

Nessa esteira, esta classificação possui íntima correlação com o tema do presente estudo, pois além de referir-se a direitos sociais, concernem estes aos direitos diretamente extraíveis do texto constitucional.

Na classificação de Bandeira de Mello são especificadas as seguintes espécies de norma constitucional:<sup>182</sup>

a) outorgam poderes-direitos: compõe em sua dicção a outorga de um “poder jurídico” em sentido estrito, vale dizer, de uma situação subjetiva ativa cujo desfrute independe de uma prestação alheia. É o sujeito do poder quem, por si próprio, sem o concurso de outrem, frui do bem jurídico deferido. Os titulares destes poderes requerem, para o seu gozo e exercício, um comportamento omissivo, em geral do Poder Público. São colacionados

---

<sup>181</sup> Refere-se à tensão formulada por Torres (2009) e já mencionada neste trabalho entre a maximização do mínimo existencial e a otimização dos direitos sociais.

<sup>182</sup> Bandeira de Mello (2009, p. 25) esclarece que as normas outorgadoras de poderes-direitos e direitos *stricto sensu* comportam as seguintes divisões internas: a) poderes-direitos e direitos em sentido estrito insuscetíveis de restrição; b) poderes-direitos ou direitos em sentido estrito restringíveis por lei ordinária.

os seguintes exemplos: direito de ir e vir, direito de inviolabilidade do domicílio, direito de propriedade, direito à vida etc.;

b) outorgam direitos propriamente ditos (ou direitos *stricto sensu*): compõe em sua dicção o necessário e suficiente para gerar em prol do administrado uma concreta utilidade, suscetível de fruição mediante desfrute positivo e que consiste em um direito em sentido estrito, que é o direito propriamente dito, vale dizer, bem jurídico, cuja fruição depende de uma prestação positiva alheia, geralmente do Estado. É tomado como exemplo o § 1º do art. 210, que estatui: “O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”;

c) expressam em sua dicção apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-los, vale dizer, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na norma. Como exemplo, cita-se o art. 226, que dispõe: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Conclui o autor que as espécies de normas mencionadas conferem, de imediato, a partir do texto constitucional, ao administrado direito a: na primeira espécie: a) uma utilidade concreta, um desfrute positivo; b) a possibilidade de exigir esta utilidade se for embaraçada ou perturbada por outrem. Quanto à segunda: a) o desfrute positivo de uma concreta utilidade; b) o poder jurídico de exigir este desfrute, se turbado por terceiro ou negado por quem tinha de satisfazê-lo. No que concerne à última espécie normativa: a) oposição judicial ao cumprimento de regras ou à prática de comportamentos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceito constitucional; b) obtenção, nas prestações jurisdicionais, de interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais protegidos por tais normas.

Adverte, por fim, o jurista que as normas constitucionais que outorgam direitos suscetíveis de serem imediatamente desfrutáveis e exigíveis também reclamam o seguinte discrimen:

a) normas que delimitam com exatidão o conteúdo do direito, porque a dicção constitucional se vale de expressões de significado preciso;

b) normas que delimitam aproximadamente o conteúdo do direito, porque a dicção constitucional vale-se de expressões de significado fluido, impreciso.<sup>183</sup>

Do exposto deduz-se que a presente classificação, além das razões já expostas, tem relevância para este estudo, pois demonstra que todas as normas constitucionais possuem

<sup>183</sup> Sobre a interpretação e aplicabilidade desse tipo de norma, v. item 3.3.1.1.

eficácia – ainda que delas se extraíam conseqüências diversas e haja diferença de graduação na sua carga eficaz –, questão de extrema importância no contexto da teoria neoconstitucionalista, bem como para a efetividade do mínimo existencial.

#### 2.2.3.4 Proposta de classificação

A proposta de classificação, ora sugerida, tem como objetivo englobar os dispositivos da Constituição Federal que apresentam correlação com o mínimo existencial em sua dimensão positiva e com suas garantias, lembrando com Carrió, citado por Ferrari (2001, p. 101), que as classificações são simples instrumentos para uma melhor compreensão dos fenômenos, não constituindo em verdadeiras formas de agrupá-los.

Demais disso, impende ressaltar que a classificação ora sugerida, separando os direitos de suas garantias tem íntima conexão com a questão da efetividade, uma vez que a falta de efetividade (eficácia social) de um direito supõe a ausência da conseqüente garantia.

Com efeito, esta proposta toma, inicialmente, como referência o modelo de classificação das normas constitucionais, com enfoque no critério da efetividade, adotado por Barroso (2001). Posteriormente, apóia-se no modelo de classificação das garantias constitucionais engendradas por Perez Luño (2007). Ambos são teóricos precursores dos respectivos modelos de classificação.<sup>184</sup> Após o enquadramento dos dispositivos constitucionais relacionados ao mínimo existencial, procede-se à modulação ou adequação dessas classificações aos objetivos específicos deste estudo. Na realidade, consiste em elaborar uma *releitura* das classificações propostas por Barroso e Perez Luño, enfatizando os aspectos que interessam ao presente estudo.

A sistematização proposta por Barroso (2001, p. 93),<sup>185</sup> ao delimitar a consistência da situação jurídica dos indivíduos frente aos preceitos constitucionais, visa a “reduzir a discricionariedade dos poderes públicos na aplicação da Lei fundamental e propiciar um critério mais científico à interpretação constitucional pelo Judiciário, notadamente no que diz respeito aos comportamentos omissivos do Executivo e do Legislativo.” Nessa senda, propõe

---

<sup>184</sup> Apesar do modelo classificatório elaborado por Barroso objetivar o abarcamento de todas as normas constitucionais que, do contrário, poderia ser considerado falho em face de sua incompletude, neste estudo pretendeu-se separar as garantias em classificação à parte, para melhor minudenciá-las, compreendendo melhor as diversas nuances de seu teor prescritivo, à guisa de introdução ao tema referente à efetividade dos direitos.

<sup>185</sup> A classificação de Barroso é pertinente, inclusive porque não interessa trazer à baila as normas referentes às obrigações e aos deveres dos particulares, perante o Estado, ou dos particulares entre si, eis que estas desbordam da perspectiva privilegiada pela presente investigação.

o autor o enquadramento das normas constitucionais na seguinte tipologia: a) normas constitucionais de organização; b) normas constitucionais definidoras de direitos; e c) normas constitucionais programáticas.

As normas de organização, que na generalidade dos casos dirigem-se aos Poderes Públicos, estabelecem o estatuto da organização do Estado (veiculam as decisões políticas fundamentais), partilham atribuições (definem as competências dos órgãos constitucionais e das entidades estatais), criam órgãos (autorizam a criação de órgãos, traçam regras à sua composição e ao seu funcionamento) e disciplinam a aplicação de outras normas (estabelecem normas processuais e procedimentais de revisão da própria Constituição, de defesa da Constituição, de aplicação de outras normas, de elaboração legislativa e de fiscalização), diferentemente das normas de conduta que, representando a maior porção do direito positivo, dedicam-se exclusivamente a reger comportamentos.

De seu turno, as normas definidoras de direitos definem os direitos fundamentais dos indivíduos submetidos à soberania estatal, as quais são divididas em quatro grandes categorias: direitos políticos, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos. Estas normas geram, segundo o autor, situações jurídicas para os particulares, podendo ser distribuídas em três grupos: a) situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção; b) situações que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado; e c) normas que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora. No presente estudo interessa apenas, quanto ao segundo grupo citado, os direitos sociais, os quais são descritos pelo jurista (2001, p. 101) como aqueles que fazem surgir para o Estado “certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material”.<sup>186</sup>

Já as normas programáticas traçam os fins públicos, a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, sem especificar, no entanto, as condutas a serem seguidas para o atingimento do fim colimado. Esclarece o autor (2001, p. 118-120) que o Estado intervencionista, buscando proteger o indivíduo das desigualdades econômicas, por meio do aprimoramento de suas condições de vida, propôs dois tipos de normas, com tais desideratos: os direitos sociais, definindo direitos para o presente, e as de caráter programático, que são as

---

<sup>186</sup> Importante ressaltar que o autor delimita a acepção de direito às situações jurídicas que se enquadrem no conceito subjetivo público, ou seja, “àquelas que propiciam a exigibilidade efetiva de determinada conduta, correspondente a um dever jurídico de outrem, realizável a prestações positivas ou negativas”. Tendo em mira esta acepção de direito, em que pese afirmar a normatividade dos direitos sociais dispostos no texto constitucional, informa que há aqueles que dependem da edição de norma infraconstitucional integradora. Assim sumariza a questão “com o reconhecimento da índole normativa das regras que conferem direitos sociais, nem por isso sua operatividade prática deixou de ser um problema à espera de soluções”. (BARROSO, 2001, p.108-113).

disposições indicadoras de fins sociais que contemplam interesses de caráter prospectivo, a serem efetivados para o futuro e de forma progressiva, dentro do quadro de possibilidades do Estado e da sociedade. Estas normas são “[...] linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos”. Ressalta, ademais, o jurista que “[...] modernamente, a elas é reconhecido um valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam”, a despeito de classificá-las como de efeito imediato e diferido.<sup>187</sup>

Exposta de forma sucinta a classificação das normas constitucionais elaborada por Barroso, passa-se ao enquadramento, conforme a tipologia proposta, das normas que têm correlação com o mínimo existencial, à exceção das garantias que, conforme já esclarecido, constam de categoria à parte:

Tabela 2.1: Classificação de Barroso: Normas de Organização que têm correlação com o Mínimo Existencial

<b>I – Normas de Organização</b>	
Assunto/Dispositivo(s)	Conteúdo
Estado Democrático de Direito (Art. 1º, <i>caput</i> )	A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.
Competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Art. 23, V, VIII, IX e X)	Viabilização dos meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; fomento à produção agropecuária e organização do abastecimento alimentar; promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; combate às causas da pobreza e os fatores de marginalização, mediante a integração social dos setores desfavorecidos.

Fonte: CF/88.

Tabela 2.2: Classificação de Barroso: Normas Definidoras de Direito que têm correlação com o Mínimo Existencial

<b>II – Normas Definidoras de Direito</b>	
Assunto/Dispositivo(s)	Conteúdo
Outros Direitos Fundamentais (Art. 5º, § 2º)	Abertura do catálogo referente ao Título II para abarcar direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos constitucionais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo,

<sup>187</sup> Destaca o autor que, em relação às normas programáticas de efeito diferido, ao contrário daquelas de efeito imediato, “[...] delas não resulta para o indivíduo um direito subjetivo, em sua versão positiva, de exigir uma determinada prestação. Todavia, fazem nascer um direito subjetivo ‘negativo’ de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames” (BARROSO, 2001, p. 121).

<b>II – Normas Definidoras de Direito</b>	
Assunto/Dispositivo(s)	Conteúdo
	bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.
Direitos Sociais (Art. 6º)	Educação; saúde; a alimentação, <sup>188</sup> trabalho; moradia; lazer; segurança; previdência social; proteção à maternidade e à infância; assistência aos desamparados, “na forma desta Constituição”.
Seguridade Social: Saúde (Arts. 196 e 197)	Saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, sendo considerados de relevância pública as ações e serviços de saúde.
Seguridade Social: Assistência (Art. 203, I, II e V)	Assistência social, que será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, tendo por objetivos, dentre outros, a proteção à família, à maternidade, à infância; à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.
Educação (Art. 206, IV, VII e VIII; Art. 208, I, II, III, IV, V, VI e VII; §§ 1º e 2º) <sup>189</sup>	Educação como um direito de todos e dever do Estado e da família, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. O ensino deverá ser ministrado com base, dentre outros, nos princípios da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; da garantia de padrão de qualidade; do piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; progressiva universalização do ensino médio gratuito; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; acesso aos níveis mais elevados do ensino da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. “o acesso ao ensino obrigatório é direito público subjetivo”. “os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”. “os Estados e o DF atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio”.
Proteção à Família, à Criança, ao Adolescente e ao Idoso (Arts. 226, 227 e 230)	A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Amparo integral à criança e ao adolescente, bem como ao idoso, como dever da família, da sociedade e do Estado.

Fonte: CF/88.

\* Propositivamente não constam desta Tabela os dispositivos constitucionais referentes aos direitos trabalhistas (art. 7º) e aos direitos previdenciários (art. 201, Incisos I a V e § 12), pois, conforme justificativa inserta na parte introdutória deste trabalho, os primeiros, mesmo com feição de típicos direitos prestacionais, se encontram restritos à classe de trabalhadores e têm como destinatários, sobretudo as entidades privadas (empregadores); os últimos, por se referirem a prestações plenamente vinculadas à lei e estando amplamente regulados por normas infraconstitucionais, não apresentam maiores problemas quanto à respectiva tutela judicial.

<sup>188</sup> A alimentação foi incluída dentre os direitos sociais pela EC n. 64, de 4 de fevereiro de 2010.

<sup>189</sup> As redações dos incisos I e VII do art. 208 da CF foram alteradas pela EC nº 59/2009, dispondo, ainda, o art. 6º: “O disposto no inciso I do art. 208 da Constituição Federal deverá ser implementado progressivamente, até 2016, nos termos do Plano Nacional de Educação, com apoio técnico e financeiro da União.” Por sua vez, tanto o *caput* do art. 214 foi alterado quanto houve a inclusão do inciso VI, cuja redação é a seguinte: “estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto”.

\* Não se encontra, ainda, incluído nesta Tabela o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225), inobstante haja entendimento que este faça parte do rol dos direitos sociais, eis que ele tem, primariamente, como destinatário o cidadão e não o Estado (LOPES, 2005, pp. 125-126; 131).

Tabela 2.3: Classificação de Barroso: Normas Programáticas que têm correlação com o Mínimo Existencial

<b>III – Normas Programáticas</b>	
Assunto/Dispositivo(s)	Conteúdo
Preâmbulo	“Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.
Fundamentos da Rep. Federativa do Brasil (Art. 1º, II, III e IV)	Cidadania; dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.
Objetivos fundamentais da Rep. Federativa do Brasil (Art. 3º, I, II, III e IV)	Construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem quaisquer discriminações.
Princípios regeedores das relações Internacionais (Art. 4º, II)	Prevalência dos direitos humanos.
Redução das Desigualdades Regionais (Art. 23, par. único; art. 151, I; art. 165, § 7º)	Cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento do bem-estar em âmbito nacional, conforme dispuser leis complementares; concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país; redução das desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional, por meio dos orçamentos previstos no § 5º, I e II do art. 165, compatibilizados com o plano plurianual.
Princípios gerais da atividade econômica (Art. 170, VII e VIII)	Valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, bem como a redução das desigualdades regionais e sociais e a promoção do pleno emprego.
Ordem Social (Art. 193)	Primado do trabalho, e como objetivo, o alcance do bem-estar e da justiça sociais.

Fonte: CF/88.

Por outro lado, ressalte-se que os doutrinadores têm encontrado dificuldades em definir com precisão, diferenciando-os, os direitos fundamentais e as suas garantias ou medidas assecuratórias. Os direitos fundamentais, na clara definição de Canotilho (2003, p. 377), são aqueles direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo positivados na Constituição, uma vez que para ele, “[...] sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.”

Silva (2003, p. 412; 463), invocando a lição de Ruy Barbosa, separa as disposições meramente declaratórias (direitos), que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias (garantias), que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder, podendo ocorrer ambos, não raras vezes, em uma mesma disposição constitucional. Dentre as garantias constitucionais, elenca os remédios constitucionais<sup>190</sup> e as garantias de direitos sociais (institucionalização da Justiça do Trabalho; sindicalização e direito de greve, destinação de fonte de recursos para a seguridade social, reserva de recursos orçamentários para a saúde e educação).

De seu turno, Ferreira Filho (2003, p. 288-289) informa que o termo garantia é usado em pelo menos três sentidos diversos pelos juristas brasileiros. No primeiro sentido, o mais amplo deles, “‘garantias constitucionais’ equivalem a ‘freios e contrapesos’, ou seja, o arranjo constitucional destinado a impedir o abuso do poder”. Em outra acepção, mais restrita, “as garantias são a proteção específica de um direito fundamental”. Já no terceiro sentido, “garantias constitucionais equivalem a remédios constitucionais, isto é, ações – judiciais, insista-se – por meio das quais se procura a tutela judiciária de um direito: *habeas corpus*, mandado de segurança”. Adverte, ainda, o autor que os remédios constitucionais são também direitos de ação, como o pedido para comunicar ao Poder Legislativo o seu dever de legislar 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, por meio do mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI). Esta é uma constatação que corrobora o entendimento doutrinário de que existe uma confusão conceitual entre direitos e garantias.

Com efeito, para Canotinho (2003, p. 396) “rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos”.

Queiroz (2008, p. 60-62), após a análise minuciosa da posição de vários doutrinadores nacionais e alienígenas, com percuciência traz a lume os seguintes traços distintivos conclusivos entre os direitos e as garantias fundamentais:

- a) em geral, os direitos fundamentais se refletem por disposições meramente declaratórias contidas no texto constitucional, as quais como normas, existem independentemente das garantias, representado ‘só por si certos bens’, como, por exemplo, o direito à vida, aliás, a essência dos direitos fundamentais, pelo menos

---

<sup>190</sup> Silva (2003, p. 440) define os remédios constitucionais como “[...] os meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando sanar, corrigir, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais. Alguns desses remédios, revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional, e, então, têm natureza de ação: são ações constitucionais.”

como direito a prestação negativa; b) as garantias, por suas vezes, refletem-se por disposições assecuratórias do mesmo texto e só se justificam em face da potencialidade de desrespeito ou lesão aos direitos. Por exemplo, se houver violação ou ameaça a direitos, por ato de autoridade, o ameaçado ou lesado pode se valer da garantia do mandado de segurança para restaurar ou preservar seu direito; c) nem sempre os direitos e as garantias se expressam por meio de normas próprias, sendo comum se confundirem em um mesmo dispositivo constitucional, embora as garantias constituam maior número e não representam fim em si mesmas, senão meios para a tutela de direitos; d) todo o rol do art. 5º da Constituição Federal é, em essência, representativo de direitos, porque as garantias também são direitos. Mas, como alguns servem para dar eficácia a outros, são mais que direitos, são garantias; e e) outros, por fim, representam verdadeiros dogmas constitucionais direcionadores de toda atividade pública, o que lhes dá o *status* de verdadeiros princípios basilares, como o contraditório, a ampla defesa, a presunção de não-culpabilidade, o devido processo legal e o juiz natural.

Impende destacar, entretanto, que o precursor do estudo das garantias fundamentais<sup>191</sup> foi o jurista espanhol Perez Luño (2007), o qual as descreve como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais e cuja classificação, baseada na Constituição espanhola e que serve de parâmetro para esta análise, assim é, de forma sumariada, delineada: a) garantias normativas; b) garantias jurisdicionais; e c) garantias institucionais.

As garantias normativas são representadas por normas constitucionais que visam a assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais, evitar a sua modificação, como também defender a integridade de seu sentido e de sua função. Cita Perez Luño (2007, p. 67), como exemplo de garantia normativa constante do texto da Constituição espanhola, as normas que estabelecem que os direitos fundamentais vinculam os cidadãos e a todos os poderes públicos. Como instrumento destinado a evitar a alteração do conteúdo dos direitos fundamentais, o autor enfatiza o caráter rígido da Constituição, consistente na exigência de *quorum* qualificado de dois terços de cada Câmara para aprovação de qualquer emenda constitucional. Para a manutenção da integridade do significado e das funções dos direitos fundamentais, elenca o jurista o princípio da legalidade, no sentido de que somente a lei poderá regulamentar o exercício de tais direitos (reserva de lei).<sup>192</sup> Além disso, para a manutenção do conteúdo dos direitos fundamentais, há uma limitação na função legislativa, que deve respeitar o conteúdo essencial desses direitos.

<sup>191</sup> Adverte Perez Luño (2007, p. 65) que uma das relevantes características dos direitos fundamentais é o fato de gozarem de um regime de proteção jurídica reforçada por meio das garantias.

<sup>192</sup> Perez Luño (2007, p. 74-75) critica a Constituição espanhola por fazer várias remissões expressas à lei para fixar o estatuto dos direitos fundamentais, pois que esta exigência pode levar o legislador ordinário a se transformar em um legislador constituinte em caráter permanente o que, além de desconstitucionalizar tais direitos, acaba por enfraquecer a sua normatividade. Acrescenta: *La experiencia de otras democracias muestra con elocuencia cómo el reenvío al legislador de la concreción del estatuto positivo de los derechos fundamentales ha chocado, en ocasiones, con los intereses de determinados partidos mayoritarios que han retrasado deliberadamente su plena actuación.*

As garantias jurisdicionais são efetivadas por meio da ação processual, exercida perante os órgãos jurisdicionais. Nesse caso, a tutela dos direitos e liberdades identifica-se com os instrumentos de sua proteção judicial. Classifica o autor tais garantias em genéricas e específicas, estas últimas, diferentemente das primeiras, como sendo aquelas estabelecidas com a finalidade exclusiva de proteger os direitos fundamentais. No âmbito das garantias genéricas estão incluídos os seguintes direitos: o *due process of law*; a assistência jurídica por advogado; a ser informado de uma acusação formulada; a um processo público ágil com todas as garantias; a presunção de inocência, entre outros, bem como o recurso de inconstitucionalidade contra leis e disposições normativas com força de lei. No que concerne às garantias específicas, cita o autor o *habeas corpus*; um procedimento preferencial e sumário perante os tribunais ordinários na tutela das liberdades e direitos; garantia do contencioso administrativo; recurso de amparo em face do Tribunal Constitucional, a ser utilizado em razão de violação dos direitos e liberdades perpetrada pelos poderes públicos quando as vias ordinárias de proteção tenham resultado insatisfatórias (recurso subsidiário), excepcionando-se, em relação a esta última situação, as lesões produzidas pelo Poder Legislativo e as violações de direito por escusa de consciência derivada de atos da administração militar.

As garantias institucionais, tal qual acontece nas garantias jurisdicionais, também são subdivididas em genéricas e específicas, e têm por objetivo a função de informação e controle (fiscalização) da atividade do governo, por meio de: a) função fiscalizatória do Poder Legislativo (requerimentos de informações a autoridades públicas; instituição de comissões de investigação sobre qualquer assunto de interesse público; direito de petição etc.); b) iniciativa legislativa popular; c) defensoria pública.

Constatado que o estudo das garantias fundamentais apresenta grande importância para o estudo da efetividade dos direitos fundamentais, guardando os temas estreita conexão entre si, visto que “[...] o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente, desde que não vem acompanhado de garantias que assegurem a efetividade do livre exercício de tais direitos” (BARACHO, 2006, p. 53), é mister que nesse passo, objetivando lançar as bases para o Capítulo III, as garantias dispostas na Constituição brasileira sejam adequadas à classificação proposta por Perez Luño. Por oportuno, registre-se que a classificação engendrada por Perez Luño assemelha-se à classificação tripartida elaborada por Caetano (1987, p. 390) fixada quanto à imposição direcionada ao Poder Legislativo, ao Poder

Judiciário e ao Poder Executivo. Ressaltado que, consoante categorização qüinqüipartida<sup>193</sup> proposta por Moraes (2008, p. 122), “[...] as garantias constitucionais dos direitos sociais são evidenciadas pelo serviço público, resumido como atividade material ou substancial executada direta ou indiretamente pelo Estado, por interposição de entidades políticas, administrativas ou delegatárias, sob regime jurídico próprio”, devendo cumprir os princípios da continuidade, cortesia, eficiência, generalidade e modicidade.

Observado que as garantias constantes da CF que não se enquadram nem nas jurisdicionais ou institucionais foram inseridas nas garantias normativas, informe-se que, após detida leitura do texto constitucional, foi possível a elaboração das seguintes tabelas, tendo sempre em mira as garantias que podem corroborar para a efetividade do mínimo existencial, reiterando-se que não se pretendeu fazer um apanhado total e exauriente em torno da matéria:

Tabela 2.4: Classificação de Perez Luño: Garantias Normativas que têm correlação com o Mínimo Existencial

<b>I – Garantias Normativas</b>	
Assunto/Dispositivo(s)	Conteúdo
Aplicabilidade Imediata (Art. 5º, § 1º)	Aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais.
Cláusula Pétrea (Art. 60, § 4º, IV)	Direitos individuais e coletivos.
Crime de Responsabilidade <sup>194</sup> do Presidente da República (Art. 85, III)	Os atos que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais.
Reserva de Recursos Orçamentários para a Saúde (Art. 198, §§ 1º e 2º)	Financiamento do sistema único de saúde, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Os entes federados deverão aplicar, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimo derivados da aplicação de percentuais calculados sobre impostos.
Crime de Responsabilidade da Autoridade Competente (Art. 208, § 2º)	O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular.
Reserva de Recursos Orçamentários para a	Aplicação pela União, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita

<sup>193</sup> Os instrumentos de proteção dos direitos fundamentais são classificados conforme a tutela, respectivamente, dos direitos individuais, dos direitos coletivos, dos direitos sociais, do direito à nacionalidade e dos direitos políticos.

<sup>194</sup> Os crimes de responsabilidade são na verdade infrações político-administrativas, cujas sanções importam, via de regra, perda do cargo ou mandato.

<b>I – Garantias Normativas</b>	
Assunto/Dispositivo(s)	Conteúdo
Educação (Arts. 212 <sup>195</sup> e 213, §1º)	resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Parte dos recursos direcionados à educação poderão ser reservados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio aos que demonstrarem insuficiência financeira, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando.
Fundo Social de Emergência (Art. 71 do ADCT)	Instituição do Fundo Social de Emergência, com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica, cujos recursos serão aplicados prioritariamente no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e despesas econômicas associadas a programas de relevante interesse econômico e social.
Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (Arts. 79 e 82 do ADCT)	Instituição do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida e indica como fontes de custeio, aquelas elencadas no art. 80. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza.

Fonte: CF/88.

\*Propositamente também foram excluídas as garantias trabalhistas (arts. 8º, 9º e 10), pois, conforme justificativa inserida na parte introdutória, abrangem as denominadas liberdades sindicais e podem ser reconduzidas aos direitos de defesa, estando fora, portanto, da temática deste trabalho.

Tabela 2.5: Classificação de Perez Luño: Garantias Jurisdicionais que têm correlação com o Mínimo Existencial

<b>II – Garantias Jurisdicionais</b>	
Assunto/Dispositivo(s)	Conteúdo
Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição (Art. 5º, XXXV)	A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.
Princípio do Devido Processo Legal (Art. 5º, LIV)	Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.
Ações Constitucionais (Art. 5º, LXIX, LXX e LXXI)	Mandado de segurança; mandado de segurança coletivo e mandado de injunção.
Assistência Jurídica Integral e Gratuita <sup>196</sup>	Concessão de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

<sup>195</sup> Acréscimo do § 3º ao art. 76 do ADCT pela EC n. 59/2009, com a seguinte redação: “Para efeito do cálculo dos recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição, o percentual referido no *caput* deste artigo será de 12,5% (doze inteiros e cinco décimos por cento) no exercício de 2009, 5% (cinco por cento) no exercício de 2010, e nulo no exercício de 2011.” Este dispositivo visa reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da Desvinculação das Receitas da União incidente sobre os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da CF, ampliando, de conseguinte, a base de cálculo dos impostos, cuja receita serve para a fixação dos percentuais obrigatórios a serem aplicados na educação.

<b>II – Garantias Jurisdicionais</b>	
Assunto/Dispositivo(s)	Conteúdo
(Art. 5º, LXXIV)	
Gratuidade de Atos (Art. 5º, LXXVII)	Gratuidade aos “atos necessários ao exercício da cidadania”.
Razoabilidade e Celeridade Processual (Art. 5º, LXXVIII)	A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.
Intervenção Federal Mediante Representação de Inconstitucionalidade Interventiva e Intervenção Estadual (Art. 34, VII, “b” e “e”; Art. 35, III)	Intervenção da União nos Estados para a garantia da observância dos direitos da pessoa humana e da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde, sendo que este último caso, relativamente à falta imputada aos Municípios, é motivo justificável para a intervenção do Estado nos Municípios.
Precatórios judiciais referente a créditos de natureza alimentícia (Art. 100)	Precedência dos créditos de natureza alimentícia. <sup>197</sup>
Arguição de Desc. de Preceito Fundamental (Art. 102, § 1º)	Tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.
Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (Art. 103, § 2º)	Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a 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.
Incidente de Deslocamento de Competência (Art. 109, V-A c/c § 5º)	Incidente de deslocamento de competência para os juízes federais, a ser suscitado pelo Procurador-Geral da República perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, para o processamento e julgamento das causas relativas a direitos humanos nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.
Ação Civil Pública (Art. 129, III)	Tem por objeto a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.
Tribunal Int. de D.H. (Art. 7º do ADCT)	Defesa p/formação de Tribunal Internacional de Direitos Humanos.

Fonte: CF/88.

<sup>196</sup> Cançado Trindade (2003, p. 451) classifica a assistência judiciária como um direito civil integrante da garantia do devido processo legal.

<sup>197</sup> A EC n. 62/2009 fixou a seguinte redação ao § 2º do art. 100: “os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenha 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins dos disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.”

Tabela 2.6: Classificação de Perez Luño: Garantias Institucionais que têm correlação com o Mínimo Existencial

<b>III – Garantias Institucionais</b>	
Assunto/Dispositivo(s)	Conteúdo
Poder Legislativo (Arts. 49, IX, X; 51, II e 58, § 3º)	Função fiscalizatória do Poder Legislativo, inclusive mediante Comissões Parlamentares de Inquérito.
Tribunais de Contas (Art.71)	Auxílio no controle externo. <sup>198</sup>
Ministério Público (Arts. 127 e 129)	Incumbe-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Cabe-lhe zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância públicos aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.
Defensoria Pública (Art. 134)	Incumbe-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.

Fonte: CF/88.

As classificações, ora propostas, visam a justificar e pavimentar o estudo que é empreendido acerca do mínimo existencial como um direito dedutível diretamente da Constituição Federal e, nesse sentido, as conclusões parciais ou iniciais que podem ser extraídas são as seguintes:

a) Normas Definidoras de Direito e Normas Programáticas (Tabelas 2.2 e 2.3):

a.1) servem de fundamento para a detutibilidade do direito ao mínimo existencial;

a.2) servem de ponto de partida para a análise da estrutura dos dispositivos/normas constitucionais, conforme referenciado no subitem 2.3 deste Capítulo. Estas terão o caráter de princípio ou de regra; ou natureza dúplice de princípio e de regra,<sup>199</sup> observado que tais tipologias somente são aferidas quando da interpretação/aplicação da respectiva disposição de direito fundamental e quando em confronto com outras regras ou princípios;

<sup>198</sup> Em relação ao mínimo existencial, importante a atividade dos Tribunais de Contas, por exemplo, quanto ao controle da aplicação de recursos nas áreas da saúde e da educação, nos percentuais constitucionalmente determinados.

<sup>199</sup> A distinção entre regra e princípio, como espécies de normas, é examinada no subitem 2.3.3.

a.3) servem para corroborar a fundamentação jurídica do mínimo existencial como um direito fundamental, mediante um processo interpretativo/argumentativo, contribuindo para a sua efetividade, principalmente quanto às programáticas;<sup>200</sup>

b) Normas de Organização (Tabela 2.1): servem para corroborar a fundamentação jurídica do mínimo existencial como um direito fundamental, mediante um processo interpretativo/argumentativo, contribuindo para a sua efetividade;

c) Garantias Normativas (Tabela 2.4): revelam-se de especial interesse para este estudo o § 1º do art. 5º (aplicabilidade imediata) e o inciso IV, § 4º do art. 60 (cláusula pétrea), os quais são analisados no item 2.2.2 deste Capítulo, observado que alguns dos demais dispositivos são utilizados como critério de fundamentação da efetividade do mínimo existencial;

d) Garantias Jurisdicionais (Tabela 2.5): alguns dos dispositivos são analisados com especial destaque no Capítulo III, por se referirem diretamente ao tema da justicialidade/sindicabilidade do direito ao mínimo existencial pelo Poder Judiciário, que é a vertente proposta pela presente investigação;

e) Garantias Institucionais (Tabela 2.6): servem para demonstrar que existem, no âmbito do Estado, outros órgãos/entidades, além do Poder Judiciário, que contribuem para conferir efetividade aos direitos fundamentais e, particularmente, ao mínimo existencial.

### 2.3 Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais

Nessa quadra da exposição, intenta-se estudar a estrutura das normas de direitos fundamentais, seja distinguindo-as com base nos enunciados normativos (textos) e respectivas normas (textos interpretados); seja mediante a diferenciação entre regras (ou normas-regra) e princípios (ou normas-princípio). Essas composições discursivas de índole

---

<sup>200</sup> Importante o escólio de Sarlet (2007, p. 314-315), no sentido de que os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático, expressos por meio de normas de caráter programático (que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelo Estado), “[...] constituem parâmetros para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e normas infraconstitucionais), já que contêm princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica.”

neoconstitucionalista têm refletido não apenas na doutrina positivista clássica que separa o direito da moral, questionando sobretudo a sua aptidão para conferir efetividade normativa ao texto da Constituição Federal, como também nas construções explicativas sobre a interpretação e aplicação do direito.

Este novo paradigma teórico, consoante já salientado alhures, tem sua gênese no Brasil a partir da introdução no texto da Constituição Federal de 1988 de conteúdos com forte carga axiológica, transformando-se de textos plasmados basicamente por meio de regras para aqueles repletos de normas de natureza principiológica.

Demais disso, como o mínimo existencial carece de conteúdo específico na Constituição, derivando notadamente das normas de direitos sociais e do princípio da dignidade humana, cujo caráter, salvo raras exceções, é principiológico,<sup>201</sup> insere-se a sua efetividade perante o Judiciário, assim, no âmbito dos *hard cases* (ou *casos difíceis*). E estes, por sua vez, para a sua solução exigem, não o método subsuntivo de índole positivista, mas o método ponderativo de natureza neoconstitucionalista, em que princípios colidentes devem ser sopesados ou, na teoria construtiva de Dworkin, a procura pela resposta correta em relação aos direitos contrapostos.

Ressalte-se, ademais, que a matéria tratada nos próximos tópicos abre caminho para a compreensão das teorias interpretativas de Dworkin e Alexy expostas no Capítulo III.

### 2.3.1 A Constituição Federal: abertura às regras e aos princípios

Conforme já assinalado no item 2.1 deste trabalho, a marca do neoconstitucionalismo reflete-se, sobretudo, na normatividade conferida à Constituição, a partir da constitucionalização da ordem jurídica verificada no pós-primeira guerra, com a inserção em seu conteúdo dos direitos sociais e econômicos<sup>202</sup> ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, passando, conseqüentemente, o seu texto a ter forte teor

---

<sup>201</sup> Galdino (2005, p. 26-27) ressalta que os direitos fundamentais são normas jurídicas de cunho especificamente principiológico. O autor destaca, todavia, que os princípios não se confundem com os valores, pois aqueles se encontram no plano deontológico e esses no plano axiológico. Os princípios, como normas jurídicas, representam o *dever-ser*, já os valores indicam um estado fático ou jurídico almejado pela estatuição das normas (uma situação, um *ser*).

<sup>202</sup> Castro (2003, p. 32), ao se manifestar sobre a inclusão cada vez maior dos direitos sociais e econômicos nas Cartas Políticas editadas a partir do primeiro pós-guerra, entende que houve “[...] um verdadeiro choque temático nos diplomas constitucionais, que passaram a agrupar as duas grandes acepções dos direitos humanos (liberal e social), segundo a terminologia francesa, ou seja, os direitos de (*droit de*) e os direitos à (*droit a*), com a conseqüência de colocar na ordem do dia do dirigismo constitucional o perene desafio da efetividade de ambos.”

axiológico, transformando-se de textos plasmados basicamente por meio de regras para aqueles repletos de normas de natureza principiológica.<sup>203</sup>

Dessa forma, diferentemente do constitucionalismo clássico em que se inscreviam nas Cartas Magnas normas acerca da organização do Estado, dos direitos individuais, com os freios e cautelas assecuratórias das liberdades, o discurso constitucional sobretudo a partir do fim do século passado caracteriza-se por uma extrema abertura<sup>204</sup> do ponto de vista material (CASTRO, 2003, p. 15), representando, em suma, conforme destaca Bonavides em prefácio à obra de Castro (2003, p. XVII; XIX), “[...] a grande metamorfose do constitucionalismo do século XX: a passagem de um constitucionalismo formal, de textos, a um constitucionalismo material, de realidade” e complementa “[...] de sorte que o constitucionalismo passou a novas dimensões de concretude em matéria de direitos fundamentais, até decretar, de último, na idade contemporânea, sobre bases normativas supremas a hegemonia dos princípios e valores”.<sup>205</sup>

Bonavides (2006, p. 255-295), em abalizado escólio, expõe com clareza acerca das vicissitudes históricas no que tange à *normatividade do princípio*, iniciando com o pensamento jusnaturalista, que lhe conferia natureza metafísica, considerando-o como “um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana”, passando pelo positivismo,

---

<sup>203</sup> “Nos sistemas jurídicos de inspiração positivista, a função dos princípios de direito se cingiu fundamentalmente à função periférica e subalterna de servir de fonte de integração subsidiária para as hipóteses de lacunas da lei, isto é, para os casos de ausência ou insuficiência de preceito. No Brasil, inclusive por força do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942), e também do artigo 126 do Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973), ainda hoje invocados nas disputas forenses, tal função supletiva, a rigor, sequer seria a ordem secundária propriamente dita, mas, sim, de ordem quaternária, pois, como decorre da dicção do referido normativo, em caso de lacuna da lei, primeiro o intérprete deve recorrer, para colmatá-la, à analogia e, em seguida, aos costumes. Só em último caso, e desde que se frustradas tais operações de pensamento, é que lhe é dado invocar os princípios gerais de direito” (CASTRO, 2003, p. 47).

<sup>204</sup> Registre-se que a abertura constitucional ou abertura da constituição e abertura das normas da constituição são categorias diferentes. “A primeira retrata a vocação de recepção temática e material dos ordenamentos constitucionais da atualidade, enquanto a segunda inscreve-se na problemática da aplicabilidade das normas constitucionais, contrapondo-se ao fenômeno da densidade normativa das cláusulas da Constituição”. (CASTRO, 2003, p. 20).

<sup>205</sup> Alexy (2008, p. 144-179) considera princípios e valores como categorias estreitamente vinculadas, pois pode haver quanto a ambas a colisão e a ponderação, e, da mesma forma que os princípios, os valores também podem ser realizados de forma gradual. Entretanto, embasado nos *conceitos práticos* de Von Wright (dividem-se estes em três grupos: a) os deontológicos: conceitos de dever, proibição, permissão e direito a algo; b) os axiológicos: caracterizados pelo fato de que seu conceito básico não é o de dever ou dever-ser, mas o conceito de bom; c) os antropológicos: conceitos de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação. O autor destaca uma fundamental diferença entre princípios e valores situada no caráter deontológico dos primeiros e no caráter axiológico dos últimos, significando que “aquilo que o modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido.” Alexy, a despeito da diferença existente, ao realçar a semelhança estrutural entre princípios e valores e admitir que a norma pode ser expressa como princípio ou como valor, deixa aberta a possibilidade de que na interpretação da norma se passe facilmente da dimensão deontológica para a dimensão axiológica, inclusive sem necessidade de qualquer alteração do processo de argumentação jurídica.

que o reduzia a mera fonte supletiva da lei, sendo considerado “mera pauta programática supralegal” sem normatividade e, portanto, sem relevância jurídica, até chegar na fase pós-positivista ou neoconstitucionalista, em que é compreendido não apenas como norma vinculante, mas também como norma fundamental do sistema jurídico, eis que “[...] as novas constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.

Adverte o autor que “[...] sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo”. O insigne jurista informa que a normatividade dos princípios foi precursoramente afirmada por Crisafulli. No estágio atual do constitucionalismo (neoconstitucionalismo), coube a Dworkin, jurista de Harvard, capitanear os estudos sobre a nova perspectiva de normatividade definitiva reconhecida aos princípios, no sentido de considerá-los hábeis para impor obrigações legais. Nessa reviravolta antipositivista de Dworkin, outros juristas merecem lugar de destaque, como Betti (2007),<sup>206</sup> Esser (1961),<sup>207</sup> Alexy (2008), Larenz (2005),<sup>208</sup> Grabitz (1973),<sup>209</sup> Müller (2008),<sup>210</sup> Jellinek (1911),<sup>211</sup> bem como alguns publicistas da Espanha, Prieto Sanchís (1999),<sup>212</sup> e Itália, Comanducci (2003),<sup>213</sup> todos receptivos aos progressos da Nova Hermenêutica e às tendências axiológicas de compreensão do fenômeno constitucional.

Destaca Bonavides duas fases da constitucionalização dos princípios: a fase programática e a fase não-programática, de concreção e objetividade. Na primeira, a normatividade constitucional dos princípios é mínima, possuindo aplicabilidade diferida. Na última, a sua normatividade é máxima e cuja natureza sendo objetiva e concretizadora conduz à sua aplicação direta e imediata. Nas citadas fases, os princípios já são admitidos como normas ou normas-valores com positividade maior nas constituições do que nos códigos e, por isso, providos do mais alto peso nos sistemas jurídicos. A partir desse novo discurso

<sup>206</sup> Cf. *A interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>207</sup> Cf. *Principio y norma em La elaboración jurisprudencial Del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

<sup>208</sup> Cf. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

<sup>209</sup> Cf. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR, 1973/498.

<sup>210</sup> Cf. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 (coleção teoria estruturante do direito).

<sup>211</sup> Cf. *Ausgewählte Schriften und Reden*, v.2, Berlim, 1911.

<sup>212</sup> Cfe. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Distribuciones Fontamara, 1999.

<sup>213</sup> Cfe. *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: *Neoconstitucionalismo (s)*. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

metodológico, a norma eleva-se conceitualmente à categoria de gênero, cujas espécies vem a ser o princípio e a regra, conforme é estudado minudentemente em item subsequente.

Leciona Alexy (2008, p. 543-544) que, a partir da ampliação da constitucionalização dos direitos fundamentais, cujas normas passaram a irradiar seus efeitos a todos os ramos do direito, são verificadas amplas conseqüências na natureza do sistema jurídico, dentre as quais ele destaca a sua abertura frente à moral, nos seguintes termos:

A vigência das normas de direitos fundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto *em face da Moral*. Isso é perceptível de forma clara no caso dos conceitos materiais básicos de direitos fundamentais, os conceitos de dignidade, de liberdade e de igualdade. Esses conceitos são, ao mesmo tempo, conceitos fundamentais da Filosofia prática. Com eles, os princípios mais importantes do direito racional moderno são incorporados à Constituição e, com isso, ao direito positivo. A definição desses princípios e o sopesamento entre eles leva ao problema da justiça. (Grifos do autor).

Desta feita, o caráter notadamente principiológico da Constituição Federal de 1988, com o seu efeito irradiante, permite considerar, não só ela, mas todo o ordenamento jurídico pátrio um sistema aberto,<sup>214</sup> “[...] no qual convivem, em reciprocidade, e em contínua interpelação mútua, normas de natureza principiológica – implícitas ou explícitas – e normas de natureza preceptiva”, estas últimas conhecidas como “normas preceito” ou “normas regra”, estando condensadas em hipóteses e conceitos cristalizados num texto normativo rígido e, as primeiras, “[...] vindo a alargar, fecundar e comunicar novas possibilidades semânticas, novos horizontes deontológicos ao plano básico da previsão textual contida na respectiva redação” (CASTRO, 2003, p. 52; 54).

Schier (1999, p. 89-90) estatui que as características dos princípios apontam para a abertura do sistema, possibilitando, inclusive, “[...] vislumbrar o Direito como um sistema dinâmico, em constante evolução e construção, em constante diálogo com as realidades social, econômica e jurídica, capacitando a sua atualização, mediante certa aprendizagem dos dados jurídicos com os históricos (e vice-versa).”

<sup>214</sup> Sarlet (2007, p. 85-87), com supedâneo em Konrad Hesse, entende que não há como falar de um sistema de direitos fundamentais na CF/88, sobretudo pelas seguintes razões: a diversidade de conteúdo do catálogo dos direitos fundamentais impede que se estabeleçam critérios abstratos e genéricos que possam demonstrar uma identidade de conteúdos, inclusive no sentido de uma construção baseada numa relação de generalidade e especialidade; os direitos fundamentais não radicam, em sua totalidade, ao menos não de forma direta, no princípio da dignidade da pessoa humana, havendo que reconhecer, neste sentido, no mínimo relevantes distinções quanto ao grau desta vinculação; o caráter altamente compromissário da Constituição, cujos reflexos também se fizeram sentir na esfera dos direitos fundamentais, resultou na impossibilidade de se identificar uma teoria (ideologia) dominante neste campo. Entretanto, o autor defende uma “autonomia relativa” dos direitos fundamentais no âmbito da Constituição em face, notadamente, dos seguintes motivos: relativa unidade de conteúdo; aplicabilidade imediata de suas normas; proteção reforçada contra a ação erosiva do legislador consubstanciada na sua inclusão nos limites das chamadas *cláusulas pétreas* (CF, art. 60, § 4º, IV).

A lição de Canotilho (2003, p. 1.159), ao reputar o sistema jurídico português como um “sistema normativo aberto de regras e princípios”, aplica-se igualmente ao sistema jurídico pátrio:

(1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica* (Caliess), traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; (3) é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um *sistema de regras e de princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de *regras*. (Grifos do autor).

Nesse contexto, nota-se a importância em enfatizar o caráter normativo dos princípios constitucionais e os contornos dos valores subjacentes a esses princípios, levando à “idéia de que um sistema político justo deve respeitar os direitos fundamentais”, conforme o já mencionado escólio de Pozzolo (2006, p. 79). Com percuciência destaca Castro (2003, pp. 15; 19), no que concerne aos direitos fundamentais:

Impende reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor em pleno terceiro milênio ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades. [...] o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano.

De seu turno, Moreira (2008, p. 97-98) adverte que há diferença entre direitos fundamentais e princípios fundamentais, uma vez que os primeiros são declaratórios e os últimos são *mandados de otimização*, observado que na Constituição brasileira, um grande número de direitos fundamentais tem, na sua maioria, natureza de princípio, mas há aqueles com natureza de regra. “Pode-se falar tanto em ponderação de direitos fundamentais em conflito como em ponderação entre princípios constitucionais antagônicos, que está a se dizer quase a mesma coisa”, destacado que não são passíveis de ponderação as regras ou as garantias constitucionais.

A despeito da maioria dos juristas contemporâneos concordar em atribuir força normativa aos princípios e em adotar a distinção entre regras e princípios como chave da dogmática constitucional, discorda, no entanto, quanto aos critérios que devem ser usados para diferenciar estas duas classes de normas. Observa-se que o critério classicamente empregado é o da generalidade (ou maior abstração, maior indeterminabilidade ou densidade), que considera os princípios normas mais genéricas, descrevendo de forma menos precisa o seu âmbito de aplicação, seus pressupostos, destinatários etc. em relação às regras. Alexy

<sup>215</sup> critica este critério tradicional de distinção entre regras e princípios, considerando-o incapaz de fixar com clareza a diferença. Assim, propõe um critério alternativo de índole lógica, que visa a uma precisa distinção entre as duas espécies de normas, que leva em conta a *forma diferenciada de confronto* entre elas e que é analisado no item 2.3.3.

### 2.3.2 Enunciados e normas de direitos fundamentais

A teoria das normas de direitos fundamentais elaborada por Alexy (2008, p. 50-84) deita raízes na teoria proposta por Friedrich Müller, e é exposta em três níveis: a) parte da diferenciação entre enunciado normativo e norma, constitutiva do conceito semântico de norma. Neste nível, o conceito de norma de direito fundamental é definido com fulcro em enunciados normativos ou disposições de direitos fundamentais, identificados com base em critérios formais, segundo a forma de posituação no texto constitucional, sem excluir as diferenciações estruturais e substanciais; b) são consideradas, no segundo nível, normas de direitos fundamentais não somente normas que são expressas diretamente pelo texto constitucional, mas também normas que podem ser derivadas das primeiras (“normas atribuídas”),<sup>216</sup> desde que seja possível em relação a elas a elaboração de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais; c) no terceiro nível, a partir de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais, fixa-se uma generalização da mencionada

<sup>215</sup> A classificação de Alexy (2008) foi influenciada pela tese de Dworkin (2002). Este último, ao construir sua teoria ataca sobretudo o positivismo jurídico, tendo como alvo a versão hartiana, motivado pela constatação de que os juízes nos sistemas jurídicos americano e britânico adotam em suas decisões *standards* outros que não as regras como referentes na motivação das suas sentenças, quais sejam, os princípios, observado que estes padrões se mostram incompatíveis com o modelo de regras preconizado pelo positivismo. Dworkin desenvolve a diferença entre regras e princípios a partir de duas distinções de nível lógico: a) *a dimensão do peso dos princípios*: os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm. Em um conflito de normas, quanto aos princípios há lugar para o sopesamento ou ponderação. Já quanto às regras, uma delas não pode ser válida, sendo aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada, mesmo porque as exceções à sua aplicabilidade são taxativamente enumeradas; b) *a aplicação disjuntiva das regras*: se ocorrem os fatos previstos na norma, então ou a norma é válida ou inválida e, neste último caso, não é considerado seu teor na solução do caso, pois as regras são aplicáveis, conforme mencionado, *all or nothing*. Em relação aos princípios, mesmo aqueles que mais se assemelham a regras, não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando se satisfazem as condições previstas, mesmo porque as exceções à sua aplicabilidade não são enumeráveis taxativamente. Ademais, diversamente das regras, apesar de válido, um princípio pode não ser aplicado ao caso, podendo, todavia, ser invocado para incidir em caso futuro (DWORKIN, 2002, p. 35-46). Para maiores detalhamentos v. item 3.1.1.1.1.

<sup>216</sup> As *normas atribuídas* de Alexy parece corresponder na Constituição brasileira à *abertura do catálogo* referente aos direitos fundamentais de que trata o § 2º do art. 5º, o qual, nesse caso, parece abarcar direitos fundamentais positivados em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos constitucionais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição. Lembrando que, quanto ao mínimo existencial em sua vertente prestacional (correspondente ao direito a prestações em sentido estrito da classificação de Alexy), o conceito de normas atribuídas é relevantíssimo no contexto do direito alemão, uma vez que, diferentemente do caso brasileiro, existe uma única previsão expressa na Constituição alemã sobre direito social que, consoante destacado, consiste no direito das mães à proteção e à assistência da comunidade.

fundamentação, que passa a valer tanto para as normas estabelecidas diretamente quanto para as normas atribuídas. A intenção de Alexy, tal qual Müller, é construir uma teoria das normas de direitos fundamentais que supere o positivismo jurídico e viabilize que uma norma jurídica seja mais do que o seu texto.<sup>217</sup> Em busca de mencionado objetivo, Alexy realiza uma ligação muito próxima entre norma e argumentação.

*A priori*, adverte Alexy que a despeito de haver estreita conexão entre os conceitos de norma de direito fundamental e de direito fundamental, não se pode afirmar que eles se confundem, porquanto sempre que alguém tem um direito fundamental, haverá uma norma que garanta este direito. Contudo, nem sempre que exista uma norma de direito fundamental haverá um direito fundamental a ser exigido por alguém, pois que nem todas as normas de direito fundamental outorgam direitos subjetivos. Por isso é que *não* se pode asseverar que: a) as normas de direitos fundamentais são aquelas que conferem direitos fundamentais; b) somente as normas que outorgam direitos subjetivos podem ser consideradas como normas de direitos fundamentais, pois haverá normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos. Nessa senda, adota Alexy um conceito de norma de direito fundamental mais amplo do que o de direito fundamental, haja vista que este último pressupõe um correspondente direito subjetivo de exigí-lo de alguém, enquanto que para a caracterização da norma de direito fundamental não se exige a coexistência do aludido direito.

Para Alexy, as normas de direitos fundamentais compartilham de todos os problemas que dizem respeito ao conceito genérico de norma, considerada esta como um dos conceitos mais relevantes da Ciência do Direito. Importa para ele, no primeiro nível citado, para a compreensão de norma, o seu conceito semântico,<sup>218</sup> no âmbito do qual devem ser diferenciados os significados de *norma* e *enunciado normativo* ou *disposição de direito fundamental*, observado que a norma é o sentido do enunciado normativo e este, por sua vez, expressa algo que é devido, proibido, permitido, ou seja, algo que *deve-ser*.<sup>219</sup> Esclarece o

<sup>217</sup> Extrai-se o seguinte exemplo da obra de Barcellos (2008, p. 56-58): Dispõe o inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Este é o enunciado normativo. Extrai-se a norma, que é a interpretação do enunciado normativo, de que uma pessoa presa e levada a julgamento não está obrigada a prestar esclarecimentos ou fornecer informações que lhe possam ser desfavoráveis. Entretanto, a partir da doutrina e jurisprudência, esta norma foi estendida aos indivíduos convocados para prestar esclarecimentos perante Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI’s). Este exemplo corrobora a afirmação de que a norma pode ser mais ampla do que seu texto. Conclui, ademais, a autora que “a norma corresponde afinal ao comando, extraído ou construído a partir de enunciado (s), para incidir sobre determinada circunstância de fato”.

<sup>218</sup> Esclarece Alexy (2008, p. 107) que na Ciência do Direito são formulados juízos sobre o que é devido, o que é proibido e o que é permitido, e o juiz decide exatamente sobre isso, ou seja, o conceito semântico de norma é desenvolvido para esta tarefa.

<sup>219</sup> Galdino (2005, p. 14-15), citando Engisch, esclarece que o conceito de *dever-ser* pode ser melhor compreendido através do conceito de valor. Assim, “uma conduta é devida (*deve ser*) sempre que a sua

autor que a necessidade de se diferenciar estes dois significados é que a mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos, sendo que os critérios para a identificação das normas devem ser buscados em nível da norma, e não no nível do enunciado normativo, haja vista que o conceito de norma é primário em relação a este último conceito.

Esclarecedor, nesse passo, é trazer à luz os ensinamentos de Grau (2006, p. 472), no sentido de que texto e norma não são a mesma coisa. “A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é, portanto, atividade que presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas.” Sgarbi (2006, p. 599) complementa que os enunciados normativos são interpretados enquanto as normas são aplicadas, em que pese a teoria neoconstitucionalista, ao contrário do positivismo, defender que a interpretação e aplicação não são momentos distintos.

Adota Alexy, com efeito, as *modalidades deônticas*<sup>220</sup> básicas do dever, da proibição e da permissão<sup>221</sup> como critério para identificação de normas, destacando que “nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico, mas todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deôntico”. Com isso, é possível construir *formas padrão* para enunciados deônticos que permitam identificar a estrutura das normas que elas expressam. O que ele propõe, em síntese, para identificar a estrutura de uma norma é o seguinte: um enunciado normativo, de cujo significado se extrai a norma, deve ser transformado em um enunciado deôntico,<sup>222</sup> viabilizando-se, assim, a construção de formas padrão, a fim de que se possa compreender a estrutura dessa norma. As formas padrão dos enunciados deônticos são o último estágio antes da apresentação da estrutura lógica das normas por meio de uma linguagem baseada em fórmulas.

Alerta Alexy que a concepção semântica do conceito de norma apresentada, distingue de forma estrita entre o conceito de norma e o conceito de sua validade e acrescenta que, apesar do conceito semântico de norma não ser adequado a todas as finalidades, é o mais

---

realização é valorada positivamente, e a sua omissão é valorada negativamente”. Por isso é que se diz que as normas jurídicas cumprem preponderantemente uma função prescritiva ou diretiva e não meramente descritiva (embora também o sejam, pelo menos em parte). As normas, ao receberem os fatos e lhes atribuírem significação jurídica, são descritivas, mas também prescrevem algum comportamento relacionado com os fatos descritos.

<sup>220</sup> Modalidades deônticas são formas lingüísticas que expressam uma diretiva *assim deve-ser*.

<sup>221</sup> Alexy (2008, p. 56-57) traz os seguintes exemplos de enunciados deônticos, a partir do seguinte enunciado normativo “nenhum alemão pode ser extraditado”: a) “alemães não podem ser extraditados” (enunciado deôntico do ‘dever’); b) “é proibido extraditar alemães” (enunciado deôntico da ‘proibição’); c) “nenhum alemão pode ser extraditado” (enunciado deôntico da ‘permissão’). Por sua vez, a expressão “tem direito a [...]” expressa uma modalidade deôntica complexa. Entretanto, enunciados imperativos, como “jamais um alemão será extraditado!” e enunciados indicativos sem expressões deônticas, como “alemães não serão extraditados” não são enunciados deônticos.

<sup>222</sup> A partir dos conceitos deônticos básicos é possível reproduzir a estrutura da linguagem jurídica de forma adequada.

adequado quando se trata de problemas da dogmática jurídica e da aplicação do direito, sendo, portanto, eficaz para lidar com as seguintes questões: a de saber se duas normas são logicamente compatíveis, quais são as conseqüências de uma norma, como interpretá-la e aplicá-la, se ela é válida e, algumas vezes, se a norma, quando inválida, deveria ser válida. Em relação às teorias de validade da norma,<sup>223</sup> o conceito semântico de norma, além de ser usualmente compatível com elas, é pressuposto por referidas teorias. Alexy expõe de forma simplificada a estrutura formal do cerne de diferentes teorias de validade: se a norma *N* satisfaz os critérios *K*<sub>1</sub>, .....*K*<sub>*n*</sub>, então, *N* é válida. Registra que as diversas teorias da validade podem ser distinguidas com base nos diferentes tipos de critérios utilizados, de natureza sociológica, jurídica ou ética, caso o fundamento de validade da norma se baseie, respectivamente, em fatos sociais, em uma outra norma hierarquicamente superior na estrutura escalonada do ordenamento jurídico, a qual outorga competência para a criação da norma em questão, ou em uma razão moral.

Nesse passo, faz-se mister destacar, pois, que o neoconstitucionalismo, em cujo suporte teórico se embasa Alexy, considera superada a incindibilidade postulada pelo positivismo entre texto e norma e entre vigência e validade. Consoante explanação de Streck (2005a, p. 158; 168-169), negar a diferença entre texto e norma é “[...] acreditar no caráter fetichista da lei, que arrasta o direito em direção ao positivismo.” E complementa: “Os sentidos são atribuíveis, a partir da faticidade em que está inserido o intérprete e respeitados os conteúdos de base do texto. Portanto, o texto da Constituição só pode ser entendido a partir de sua aplicação.” Quanto à vigência e validade, o aludido autor critica a postura positivista que considera a validade de um preceito desde que calcada na competência e no procedimento e não em seu conteúdo material e, nesse diapasão, se um preceito encontra-se vigente em consonância com as formas competencial e procedimental prescritas, então ele é considerado válido, independentemente de seu conteúdo. Sob o viés neoconstitucionalista, portanto, conclui Streck que “o texto não mais contém a norma; a vigência torna-se secundária em relação à validade, sempre aferida a partir de uma filtragem constitucional”.<sup>224</sup>

<sup>223</sup> Para a melhor compreensão das teorias de validade da norma, bastante esclarecedor é o escólio de Sgarbi (2006, p. 601) que, ao diferenciar o Direito da Ciência Jurídica, assim os conceituam, respectivamente: “um conjunto de normas (prescrições)” e “composta por proposições normativas (descrições)”, destacando quanto à conceituação do primeiro, em razão das normas jurídicas obrigarem, proibirem ou permitirem, não há como predicá-las de verdadeiras ou falsas, apenas válidas ou inválidas. Já os enunciados descritivos referentes à Ciência Jurídica, por não obrigarem, não proibirem, não permitirem ou não facultarem nada, eles podem ser verdadeiros ou falsos.

<sup>224</sup> Filtragem constitucional “denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas.” (SCHIER, 1999, p. 104)

Até esse ponto, conclui Alexy que são normas de direitos fundamentais somente aquelas normas que são expressas diretamente por enunciados da Constituição. Em um segundo nível, cabe indagar se, a partir dessas normas estabelecidas, é possível extrair outras e, se for possível, como fazê-lo? A resposta dada pelo jurista é positiva, visto que as normas estabelecidas que tratam de direitos fundamentais são comumente indeterminadas, sendo consideradas abertas tanto do ponto de vista semântico (utilizam expressões e termos indeterminados) quanto sob o aspecto estrutural (há indeterminações em seu conteúdo, podendo levar às seguintes indagações: como realizar o seu conteúdo, se por meio de ações estatais ou por abstenções; se esta realização pressupõe ou não a existência de direitos subjetivos etc. ). Com efeito, ao buscar eliminar as indeterminações das normas estabelecidas quando de sua aplicação aos casos concretos, chega-se ao refinamento de tais normas, por meio de uma relação de fundamentação entre a norma a ser refinada e a norma que a refina, produzindo-se as *normas atribuídas* já mencionadas.

Destaca Alexy que a discussão sobre direitos fundamentais é, em grande medida, uma discussão sobre que normas devem ser atribuídas às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional, observado que esta dificuldade somente é superável mediante a fixação de um critério que permita, dentro da classe potencialmente ilimitada de candidatos à atribuição, diferenciar aqueles que são normas de direitos fundamentais e aqueles que não o são. Para ele, devem ser usados os critérios empírico (precedentes jurisprudenciais), jurídicos (textos das disposições de direitos fundamentais) e sociais ou práticos que forneçam elementos para uma forte argumentação que viabilize uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais, no que tange a uma norma atribuída. “Saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende, portanto, da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente” (ALEXY, 2008, p. 74).

No terceiro nível, assevera Alexy que a definição do conceito de norma de direito fundamental, baseada no conceito de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais, pode ser estendida também às normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas, podendo, assim, ser generalizada. Esta generalização sustenta, por fim, que “normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 76).

Considerando que o mínimo existencial carece de conteúdo específico na Constituição brasileira de 1988, derivando notadamente das normas de direitos sociais e do princípio da dignidade humana – ambos em sua dimensão prestacional –, as referidas manifestações de Alexy sobre *normas atribuídas* são de extrema pertinência nessa seara.

Mostra-se, inclusive, razoável inferir que – como o mínimo existencial na CF de 1988 encontra-se como norma implícita dedutível a partir dos direitos sociais e do princípio da dignidade humana – a fim de que o conteúdo do direito ao mínimo existencial possa ser aferido, as normas programáticas constantes da Tabela 2.3 (dentro das quais se incluem os fundamentos, objetivos, fins e princípios da atividade econômica e da ordem social do Estado brasileiro), bem como princípios constitucionais expressos (v.g., princípio democrático) e implícitos (v.g., princípio da razoabilidade) podem servir como importantes auxiliares na tarefa argumentativa, contribuindo, no dizer de Alexy, para uma “[...] correta fundamentação referida a direitos fundamentais”.<sup>225</sup>

### 2.3.3 Estrutura dos direitos fundamentais a partir da distinção entre regras e princípios

Para Alexy (2008, p.85), com vistas à análise da estrutura das normas de direito fundamental, a mais importante das teorias existentes refere-se àquela que as distingue entre regras e princípios. Proclama o autor que “[...] essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito” e acrescenta acerca desta distinção que “[...] é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”. Nessa senda, informa Vale (2009, p. 71) que a teoria dos princípios adquiriu papel central na obra de Alexy, servindo de fundamento para a teoria da argumentação jurídica,<sup>226</sup> para a teoria dos direitos fundamentais<sup>227</sup> e para a teoria do direito.<sup>228</sup>

Consoante Alexy, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios não mencionado pela teoria de Dworkin está em esclarecer as *razões que justificam* o fato de os princípios e as regras entrarem em confronto de forma diferenciada. Com o intuito de explicar essas razões, Alexy elabora uma teoria dos princípios que é utilizada de forma magistral na

---

<sup>225</sup> Faz-se mister advertir que devem ser respeitados certos temperamentos quanto à aplicação da teoria das normas atribuídas defendida por Alexy para o sistema jurídico alemão e quanto à sua aplicação para o sistema jurídico brasileiro. No caso do direito alemão, busca esta teoria atribuir o caráter jusfundamental a direitos prestacionais a serem dedutíveis a partir de diversas normas da Lei Fundamental, em virtude da quase inexistência, conforme visto, de normas expressas nesse sentido. Já no sistema jurídico brasileiro existem normas expressas de direitos prestacionais (v.g., direitos sociais) na Constituição, sendo que, a partir dessas normas, busca-se extrair o conteúdo do direito ao mínimo existencial. Observa-se, outrossim, que no âmbito do direito alemão para a aplicação da aludida teoria é exigido um ônus argumentativo bem mais qualificado e convincente do que no caso do direito brasileiro.

<sup>226</sup> Cf. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

<sup>227</sup> Cf. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>228</sup> Cf. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2003.

interpretação e aplicação do direito no âmbito de um caso concreto e que, por se referir mais de perto à questão da efetividade, é tratada minudentemente no Capítulo III deste trabalho, muito embora possa se aproveitar, no âmbito da referida teoria, as distinções principais propostas por Alexy entre regras e princípios consubstanciadas, respectivamente, como “comandos de definição” e “comandos de otimização”, conforme se vê na alínea “g” infra referida.

Com didatismo, Barcellos (2008, p. 51-54) compila os diversos critérios apresentados pelos juristas para operar a distinção entre princípios e regras, ressaltando os seguintes:

a) conteúdo: os princípios estão mais próximos da idéia de valor e de direito, ao passo que as regras possuem um conteúdo diversificado e não necessariamente moral;

b) origem e validade: a validade dos princípios decorre de seu próprio conteúdo; já a validade das regras deriva de outras regras ou dos princípios;

c) compromisso histórico: os princípios encontram-se em maior medida vinculados ao caráter de universalidade, absolutez, objetividade e permanência; as regras caracterizam-se mais pela contingência e relatividade de seus conteúdos, dependendo do tempo e lugar;

d) função no ordenamento: “os princípios têm uma função explicadora e justificadora em relação às regras”;

e) estrutura lingüística: “os princípios são mais abstratos que as regras, em geral não descrevem as condições necessárias para sua aplicação e, por isso mesmo, aplicam-se a um número indeterminado de situações”. Quanto às regras, “é possível identificar, com maior ou menor trabalho, suas hipóteses de aplicação”;

f) esforço interpretativo exigido: os princípios demandam em sua interpretação grande ônus argumentativo, ao contrário das regras, que demandam apenas a subsunção destas aos casos concretos;

g) aplicação: as regras aplicam-se de acordo com o modelo do *tudo ou nada*, não se admitindo gradações, sendo, pois, consideradas válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Já os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Por seu turno, Canotilho (2003, p. 1.161) atribui natureza normogénica aos princípios, uma vez que “os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que

estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.”

Alexy (2008), ao procurar esclarecer as razões que justificam o fato de os princípios e as regras entrarem em confronto de forma diferenciada, aprimorando neste aspecto o estudo de Dworkin, elaborou uma teoria dos princípios, composta por três teses fundamentais: a) a tese da otimização; b) a lei da colisão e c) a lei da ponderação. Nesse momento, enfrenta-se apenas a *tese da otimização*, eis que ela abarca a distinção entre regras e princípios. No Capítulo III expõem-se a *lei da colisão* e a *lei da ponderação*, haja vista que tais matérias se situam mais próximas da questão relativa à maximização da efetividade do mínimo existencial.

Com efeito, para o preclaro jurista a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas, ou seja, considera-se a norma como gênero, cujas espécies são as regras e os princípios. Estas espécies são tidas como normas, porquanto ambas dizem o que deve ser. Ademais, ambas podem ser formuladas por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.

Consoante já assinalado, Alexy refuta os usuais critérios de distinção entre as duas espécies de normas (generalidade, determinabilidade de seu surgimento, forma de seu surgimento, caráter explícito de seu conteúdo axiológico etc.), adotando a tese que reputa a diferenciação como qualitativa e não uma distinção de grau,<sup>229</sup> que, em essência, é a mesma tese defendida por Dworkin. Nesse sentido, assim explicita Alexy (2008, p. 90-91) sobre a diferença entre princípios e regras:

*Princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. (Grifos do autor).

Destarte, a tese fundamental da teoria dos princípios, e que representa a principal evolução de Alexy em relação a Dworkin, caracteriza-se por considerar os princípios como *mandamentos de otimização*, a partir de sua conceituação, nos termos supracitados.

<sup>229</sup>A tese adotada por Alexy para a separação entre regras e princípios por ser qualitativa é considerada “tese forte da separação”. Já a distinção entre ambos os *standards* normativos que se dá em razão da generalidade dos princípios frente às regras, considerada quantitativa, é denominada por Alexy como “tese fraca da separação” (ALEXY, 2008).

Partindo-se, então, do conceito de princípios, no sentido de eles exigirem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, conclui Alexy (2008, p. 104) que eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, o que significa que o fato de um princípio valer, em tese, para um caso concreto, não quer dizer que ele servirá como razão definitiva para esse mesmo caso, ou seja, que a consequência jurídica nele prevista será observada. Em relação às regras, ocorre diferentemente, eis que, como exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, têm estas uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, possuem um caráter definitivo que fornece razões definitivas para juízos concretos de dever ser, ainda que este possa falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas e cuja aplicação responde à lógica do tudo-ou-nada, segundo proposto por Dworkin.

Como visto, quando da decisão de um caso concreto, no caso de conflito entre regras, pode ser demandado, para a solução, de uma cláusula de exceção e, dessa forma, perde a regra, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. Contudo, o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda do caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios, uma vez que mais forte, mesmo quando haja um fortalecimento do caráter *prima facie* dos princípios por meio de uma carga argumentativa. Com efeito, estatui Alexy (2008, p. 106) “[...] que regras e princípios são razões de natureza distintas. Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas”. Infere o autor que, enquanto os princípios são mandamentos de otimização, as regras são mandamentos definitivos, revelando-se, assim, a distinção qualitativa entre as duas espécies de normas.

Na esteira do entendimento de Alexy (2008, p. 108), diz-se que as regras são razões definitivas ou *prima facie* e os princípios são razões *prima facie* – fixando direitos definitivos ou *prima facie*, conforme o caso – para ações ou para normas, sendo nesta última situação, para normas universais (gerais-abstratas) e/ou para normas individuais (juízos concretos de dever-ser). Ensina o jurista com percuciência:

decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto.

Percebe-se que na citada lição de Alexy encontra-se a chave para a compreensão do conteúdo normativo dos princípios e, via de consequência, da sua utilização para decisões

de casos concretos. Notadamente pelo alto grau de generalidade imputado aos princípios – em que pese não ser esta a sua principal característica –, acreditava-se que era impossível que eles pudessem ser aplicados em casos concretos. Entretanto, Alexy demonstra que, a partir do momento em que eles passam a se relacionar com os limites dos mundos fático e normativo, chegam a um sistema diferenciado de regras.

Outro importante ponto defendido por Alexy (2008, p. 115) sobre os princípios, diferentemente de Dworkin que os compreende apenas como direitos individuais, é que eles se referem tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos. Em consonância com este juízo, o autor afirma “[...] o fato de que um princípio se refira a esses tipos de interesses coletivos significa que ele exige a criação ou a manutenção de situações que satisfaçam – na maior medida possível, diante das possibilidades jurídicas e fáticas – critérios que vão além da validade ou da satisfação de direitos individuais”.

Elaborada a distinção entre regras e princípios, mister se faz entender o porquê da instituição de ambas as espécies normativas. Com fulcro em Sousa (2008, p. 38-40), para essa compreensão imagine-se um sistema jurídico composto apenas por regras ou somente por princípios.

No primeiro caso, se houvesse um sistema jurídico composto apenas por regras jurídicas, prevaleceria a segurança jurídica, eis que todas as situações estariam previstas no âmbito de um sistema fechado e imutável. Entrementes, este sistema hermeticamente fechado seria inapto para atender às demandas sempre cambiantes de uma sociedade complexa como a brasileira, por exemplo. Por outro lado, imagine-se um sistema jurídico composto apenas por princípios. Neste sistema, totalmente aberto e mutável, não haveria qualquer segurança jurídica, pois até os casos mais simples exigiriam a ponderação entre princípios contrapostos, estabelecendo a desordem constitucional. Conclui Sousa, então, pela necessidade de coexistência de regras e princípios no âmbito de um sistema jurídico, pois que:

Com o advento de regras e princípios, mantém-se a segurança jurídica, mas se adaptam as regras fixas à especificidade dos casos concretos, ponderando-se nestes os princípios que se adequam à situação proposta, sempre mantendo estreita relação com a ‘justiça’ e o ‘direito’, como conceitos primordiais, à medida que os princípios permitem respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema. Com a instituição dos princípios dentre as normas constitucionais, abre-se a possibilidade de que a Constituição realize-se de forma gradual, não perdendo sua ‘força normativa’, mesmo perante as modificações ocorrentes no meio social.

Demais disso, necessário salientar que, segundo Alexy (2008), os direitos fundamentais, justamente por estarem insertos no sistema constitucional, possuem estrutura dúplice, a qual se manifesta quando na norma de direito fundamental inclui-se uma cláusula restritiva, por força de um princípio oposto, havendo, pois, necessidade de ponderação.

Em suma, pode asseverar-se, com base em Alexy (2008), que a estrutura dos direitos fundamentais tem o caráter de regras, quando se aplicam sem necessidade de serem ponderados em relação a outra norma. Possuem, todavia, também a característica de princípios quando as cláusulas restritivas genéricas que se lhe inserem são baseadas em princípios contrapostos aos princípios que embasam os direitos fundamentais. Esta estrutura dúplice dos direitos fundamentais é melhor explicitada no Capítulo III quando da exposição da *teoria dos princípios* engendrada pelo aludido autor.

Neste Capítulo, intentou-se sobretudo realizar um estudo analítico dos direitos fundamentais, objetivando-se a clareza conceitual dos aportes teóricos envolvidos, como a teoria neoconstitucionalista, as concepções modernas do mínimo existencial, as classificações dos direitos fundamentais, desembocando no estudo da estrutura normativa desses direitos, sempre tendo como pano de fundo a teoria neoconstitucionalista e a teoria da norma.

Restando pavimentado o caminho para a análise acerca da efetividade das normas constitucionais sobre o mínimo existencial, o próximo Capítulo abarca, em essência, aspectos da teoria da interpretação e da teoria da decisão jurídica.

### CAPÍTULO III

## INTERPRETAÇÃO, APLICAÇÃO E EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL

Com vistas à maximização da efetividade do mínimo existencial, por meio da tutela jurisdicional, são analisados neste Capítulo os métodos de interpretação de natureza neoconstitucionalista elaborados pelo americano Ronald Dworkin (2002; 2003) e pelo alemão Robert Alexy (2008) e gizados os contornos dos princípios de interpretação constitucional. Considerando que a normatividade dos princípios constitui, ao lado da teoria externa das restrições, um dos pilares da teoria dos direitos fundamentais e como os autores que, atualmente, mais têm desenvolvido o estudo acerca dos princípios são Dworkin e Alexy, as suas obras são tomadas como base de apoio para este Capítulo.<sup>230</sup>

Demais disso, busca-se, a partir da análise dos aludidos métodos interpretativos,<sup>231</sup> bem como embasando-se em várias diretrizes observadas ao longo deste estudo, fixar um *modelo ideal* ou *standard* configurador da máxima efetividade do mínimo existencial em sua vertente prestacional, à luz da Constituição de 1988, que sirva como referencial para a análise comparativa em relação a uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal nessa seara.

Cumprido esclarecer, ainda, que neste Capítulo, são delimitados o significado e o alcance de relevantes conceitos, tais como: efetividade, dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais e teoria externa das restrições, eis que se encontram estes temas extremamente imbricados entre si e com a maximização da efetividade das normas constitucionais sobre o mínimo existencial.

Impende asseverar, inclusive, que a efetividade do mínimo existencial – veiculado por meio de normas constitucionais de direito fundamental – acha-se dependente da sua

---

<sup>230</sup> Inobstante haver críticas sobre a recorrente utilização de autores alienígenas para o estudo do direito no Brasil, Barroso (2005, p. 25) justifica este procedimento pelas seguintes razões: “[...] no caso brasileiro, como no de outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica a importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente, não é possível utilizar modelos puros, concebido alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável.”

<sup>231</sup> Barroso (2009, p. 334) considera como “técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis” a ponderação efetuada, nos moldes traçados, v.g., pela teoria de Alexy. Entrementes, como a teoria dos princípios desse autor alemão não se restringe a essa técnica, uma vez que há todo um suporte teórico a embasá-la, prefere-se neste estudo denominar a sua teoria de “método interpretativo”.

concepção como um direito subjetivo público (dimensão subjetiva), em que sua tutela jurisdicional possa ser viabilizada, mediante o cumprimento de um dever estatal (dimensão objetiva) a favor de um titular de um direito (individual ou coletivo) consistente em prestações materiais ou fáticas.

### 3.1 Interpretação Constitucional

No item 2.1 deste trabalho, foram expendidas as bases gerais da *nova interpretação constitucional* postulada pelo neoconstitucionalismo. Nesse tópico, à guisa de continuação à matéria, intenta-se afiná-la, esboçando as suas especificidades.

Para evitar a solução de continuidade ao tratamento do tema, inicia-se esta exposição, com o escólio de Barroso (2005, p. 4) acerca do neoconstitucionalismo, em suas linhas mais gerais:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria da justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

No plano teórico, o autor traz à luz as grandes transformações concernentes à aplicação do direito constitucional que subverteram o conhecimento tradicional: a) a expansão da jurisdição constitucional; b) o reconhecimento de força normativa à Constituição; e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Nesse passo, somente aprofunda-se acerca da interpretação constitucional, haja vista que o reconhecimento da força normativa da Constituição consta do item 2.1 e analisa-se sobre a jurisdição constitucional no tópico 3.2.

Consoante Pereira (2006, p. 24; 40-41), a interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica e esta, por sua vez, pertence ao domínio da hermenêutica, que se refere à atividade de interpretar. Acrescenta a jurista, de outra face, que “[...] a interpretação dos direitos fundamentais é um dos campos mais férteis para a criação judicial, dada a abertura, a indeterminação e a forte carga valorativa dos preceitos que os consagram”.

Por outro lado, impende mencionar que, consoante lição de Alexy consignada no Capítulo II, há uma distinção entre enunciado normativo e norma, baseada na premissa de que não há interpretação em abstrato, destacado que o enunciado é o texto, o relato contido no dispositivo constitucional e a norma, por sua vez, é o produto da aplicação do enunciado a uma determinada situação. Em consonância com essa compreensão, entende-se atualmente que interpretação e aplicação do direito são concebidas como uma só operação, ou seja, interpreta-se para aplicar o direito. A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Destarte, parte-se do texto da norma e dos fatos, alcançando a norma jurídica, para então caminhar até a norma da decisão, aquela que confere solução ao caso.

Nesse diapasão é o posicionamento de Grau (2006, p. 473) que, com acuidade, assim se manifesta:

A interpretação do Direito tem caráter constitutivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos considerados no quadro da realidade presente e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar é, assim, dar concreção (=concretizar) ao direito. Nesse sentido, a interpretação (=interpretação/aplicação) opera a inserção do Direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida. Isto é: a interpretação – que é interpretação/aplicação – vai do universal ao particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis (=do Direito) no mundo do ser (=mundo da vida).

Inobstante ter tornado-se consenso a tese de que a interpretação constitucional é dotada de certas especificidades, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do direito, como as técnicas gramatical, histórica, sistemática e teleológica.

Sgarbi (2007, p. 530-561) explicita as técnicas interpretativas, consoante se segue:

a) gramatical: traduz no emprego dos conhecimentos lingüísticos com o objetivo de, por intermédio dos enunciados construídos pelo legislador (os materiais jurídicos), obter-se o entendimento do que está sendo prescrito;

b) histórica: tem-se entendido posturas contrapostas; de um lado, entende-se a postura do intérprete entender o texto legal a teor de seus antecedentes de formulação; de outro, entende-se a exigência de se atribuir sentido ao texto legal de modo consentâneo com sua atualidade. Na esteira dessa referência bipartida situa-se o embate teórico norte-americano entre os *originalistas* ou *interpretativistas* (defende-se a técnica histórica de procura das intenções dos pais fundadores da Constituição americana) e os *ativistas*, *não-originalistas* ou *não-interpretativistas* (pugna-se pela releitura das disposições jurídicas, o que não raro enseja a remoção de leis inoportunas – *judicial restraint*);

c) sistemática: resume-se no posicionamento segundo o qual em razão dos materiais jurídicos comporem uma totalidade única eles devem ser interpretados uns em relação aos outros, de sorte que discrepâncias entre suas formulações devem ser evitadas;

d) teleológica: recomenda-se, por esta técnica, que se dê, durante a atividade interpretativa, peso mais intenso ao escopo ou fins – políticos, econômicos, sociais – a serem alcançados com a prescrição, de sorte que estes possam ser privilegiados na afirmação do sentido do texto legal.

Demais disso, as peculiaridades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência a sistematizar um elenco próprio de princípios<sup>232</sup> aplicáveis à interpretação constitucional (BARROSO, 2005, p. 6).

Nesse sentido, Canotilho (2003, p. 1.223-1.226) elenca os seguintes cânones principiológicos de interpretação constitucional, que ele reputa de “princípios jurídico-materiais” desenvolvidos a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante:

a) princípio da unidade da constituição: consideram-se as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de normas e princípios, evitando-se contradições;

b) princípio do efeito integrador: busca-se dar primazia aos critérios que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política, com o intuito de “conduzir a soluções pluralisticamente integradoras”;

c) princípio da *justeza* ou da conformidade funcional: objetiva impedir a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida. Em outros termos, o órgão “encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido”;

d) princípio da concordância prática ou da harmonização: impõe-se a “coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrificio (total) de uns em relação aos outros”. Este princípio tem sido utilizado sobretudo em relação aos direitos fundamentais em que, havendo colisão de princípios, estes devem ser sopesados procurando o mínimo sacrificio possível dos princípios em conflito; e

e) princípio da força normativa da Constituição: dá-se prevalência aos pontos de vista que contribuem para uma eficácia ótima da Constituição.

---

<sup>232</sup> Galdino (2005, p. 39-52) distingue os princípios constitucionais em: a) materiais: são os que expressam conteúdo jurídico autônomo, promovendo a criação de situações jurídicas. São os direitos fundamentais; b) operacionais: são os que se referem à aplicação de outras normas jurídicas, *v.g.*, o princípio da proporcionalidade.

As considerações feitas até aqui reforçam a concepção de que a interpretação tradicional não se encontra superada. Entrementes, em decorrência do fenômeno da constitucionalização do direito com seus consectários já descritos, exigiu-se a elaboração de novos métodos interpretativos que dessem conta de concretizar o conteúdo constitucional.

Nesse contexto, então, “[...] deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de ‘nova interpretação constitucional’, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico” (BARROSO, 2005, p. 6).

Barroso (2005, p. 7-8), assim, elenca as seguintes categorias com as quais trabalha a nova interpretação: a) cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados; b) normatividade dos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras; c) colisões de normas constitucionais; d) ponderação; e e) argumentação.<sup>233</sup>

Doravante, todas essas categorias são amplamente explicitadas neste trabalho. Quanto à alínea “a” é esta tratada no item 3.3.1.1. No que pertine às demais alíneas são estas analisadas mais detidamente no âmbito da teoria construtiva de Dworkin e da teoria dos princípios de Alexy.

Diante do exposto, releva acrescentar que são trazidas à colação formas ou métodos de interpretação que visam à potencialização da efetividade do mínimo existencial.<sup>234</sup> Não significa que sejam os únicos ou os melhores métodos interpretativos, porém significa que eles se mostram aptos a efetuar o objetivo proposto com eficácia e eficiência. Nessa senda, destaque-se que, dada a natureza neoconstitucionalista de tais métodos, têm eles um ponto em comum que é crucial para o alcance do desiderato buscado neste estudo, qual seja, conferem às normas principiológicas o atributo da normatividade.

A outorga de força normativa aos princípios é de suma relevância para a maximização da efetividade do mínimo existencial, vez que este estudo parte do pressuposto, consoante demonstrado alhures, de que as normas constitucionais veiculadoras do direito ao mínimo existencial são extraíveis dos direitos sociais e do princípio da dignidade humana, as quais têm a natureza notadamente principiológica. Desta feita, conferir o signo da

---

<sup>233</sup> Barroso (2005, p. 8) relaciona a argumentação “[...] à razão prática e ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos casos difíceis, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável”. O processo argumentativo permeia toda a teoria de Dworkin e Alexy. Na teoria da argumentação jurídica “revela-se uma indisfarçável preocupação com a prática, e em especial com a aplicação judicial ou administrativa do Direito e com a correção racional dos argumentos empregados nos discursos de justificação dessas decisões jurídicas” (BUSTAMANTE; MAIA; 2006, p. 65).

<sup>234</sup> Pertinente recordar que no item 2.1, ao tratar do neoconstitucionalismo, Moreira (2008, p. 87) destaca que em matéria de interpretação constitucional, o neoconstitucionalismo não defende uma pureza metodológica, mas sim o uso, desde que argumentativamente justificado, das metodologias mais aptas a defender e tornar efetivo o texto constitucional (ecletismo metodológico).

imperatividade a essas normas representa o pressuposto básico e essencial para a viabilização de sua efetividade.

Dessa forma, partindo-se da idéia prévia de que o direito ao mínimo existencial é dedutível de normas constitucionais de natureza principiológica, para a maximização desse direito nada mais coerente do que buscar métodos interpretativos que maximizem as normas principiológicas.

De outra parte, não se pode perder de vista que as normas principiológicas – mercê da sua abertura textual e vagueza semântica, de um lado, e da indeterminabilidade de seu conteúdo, por outro, eis que elas não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas, tal como ocorre em relação às regras –, configuram-se em *hard cases* ou casos difíceis, em que “nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção”, demandando métodos interpretativos específicos (DWORKIN, 2002, p. 131).

Nessa esteira, revela-se inteiramente oportuna e adequada a aplicação dos métodos interpretativos propostos, vez que estes – o método construtivo de Dworkin e a teoria dos princípios de Alexy – visam, sobretudo, a solucionar os *hard cases* no âmbito de uma decisão judicial, pretendendo mostrar a “prática judicial sob sua melhor luz” (DWORKIN, 2003, p. 272). Demais disso, não é ocioso mencionar que os jusfilósofos citados são os teóricos fundantes dos respectivos métodos interpretativos de índole neoconstitucionalista.

### 3.1.1 Interpretação em Ronald Dworkin

Em que pese ter sido a intenção primordial de Dworkin (2002) combater tanto a teoria do positivismo jurídico,<sup>235</sup> em sua versão hartiana, como a teoria do utilitarismo,<sup>236</sup> ambas derivadas da filosofia de Jeremy Bentham, o seu estudo tem o mérito de ter provocado no mundo jurídico um intenso debate sobre a normatividade dos princípios. Destarte,

---

<sup>235</sup> A teoria do positivismo, ao buscar responder ao que é o direito, sustenta que a verdade das proposições jurídicas consiste em fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais (DWORKIN, 2002, p. VII).

<sup>236</sup> A teoria do utilitarismo, ao buscar responder ao que o direito deve ser, sustenta que o direito e suas instituições deveriam estar a serviço do bem-estar geral (DWORKIN, 2002, p. VIII). Este entendimento, na visão de Dworkin, *sufoca* os direitos individualmente considerados. Com base nesse posicionamento, Raz acusa a teoria de Dworkin de negar que as pessoas possam ter direitos ao bem-estar. Dworkin defende-se afirmando que a reivindicação a um nível mínimo de bem-estar não é excluída da apresentação dos direitos que ele propõe; “ao contrário, acredito que seja uma virtude dessa explicação deixar claro que é precisamente a competição entre níveis mínimos de bem-estar e o bem-estar coletivo global que está em jogo quando se discute o direito ao bem-estar” (DWORKIN, 2002, p. 562).

Dworkin (2002, p. 72) considera que, a partir da aceitação da normatividade dos princípios, é possível construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação das práticas jurídicas contemporâneas.

Impende mencionar que o autor na elaboração de sua tese, parte da teoria do direito e da realidade inglesa e norte-americana. Destaca que, diferentemente da Inglaterra, nos Estados Unidos questões políticas se transformaram em questões jurídicas e com isso, nos casos que envolviam questões políticas, os tribunais pareciam estar criando direito novo e politicamente controverso, ao invés de simplesmente aplicarem o direito antigo, forçando, assim, os estudiosos a se debruçarem sobre estes temas, tentando desvendar os fundamentos dessas decisões.

No tocante aos casos fáceis, onde há uma regra preexistente, o juiz apenas a aplica a esses casos. Todavia, nos casos controversos, onde não existe uma regra clara,<sup>237</sup> como os juízes decidem? Nesses casos, eles não citam leis escritas, mas apelam para princípios de justiça e política pública. Isso significa que em, última instância, a Corte está seguindo regras, embora de natureza mais geral e abstrata? Se for assim, de onde provêm essas regras abstratas e o que as tornam válidas? Ou isso significa que a Corte está decidindo o caso de acordo com suas próprias crenças morais e políticas? Os juristas sabem que os juízes detêm um grande poder político e preocupam-se em saber se esse poder é justificado. Nesse sentido, várias teorias tentaram explicar essa postura dos juízes, como o realismo legal, a teoria sociológica do direito e a corrente instrumental do pós-realismo. Para Dworkin, entretanto, “[...] os problemas da teoria do direito são problemas relativos a princípios morais e não estratégias ou fatos jurídicos.” Por isso ele adverte que é necessário ter clareza sobre que juízo ou prática moral o direito reflete, a fim de que se possa criticá-los de forma inteligente (DWORKIN, 2002, p. 8-13).

Antes de prosseguir, insta consignar que nesta parte do trabalho são expostos tão-somente os aspectos da teoria de Dworkin que têm especial relevo para o tema ora em discussão, destacando que o tema da interpretação encontra-se mais detalhado no item 3.1.1.1.2.

---

<sup>237</sup> Nada obstante, Dworkin (2003, p. 423), ao referir a seu método interpretativo para solucionar os *hard cases*, levanta a seguinte questão “pode ser difícil saber se o caso em questão é difícil ou fácil e, para decidir, Hércules não pode usar sua técnica para casos difíceis sem recorrer numa petição de princípio”, visto que casos à primeira vista considerados fáceis podem se tornar casos difíceis e vice-versa. O autor conclui, assim, que o seu método interpretativo aplica-se tanto aos casos difíceis quanto aos casos fáceis.

### 3.1.1.1 Teoria Geral do Direito

Postula Dworkin (2002) uma teoria geral do direito,<sup>238</sup> ao mesmo tempo, normativa e conceitual, cujas partes são interdependentes, observado que a primeira assenta-se em uma teoria moral e política. Merece destaque em sua teoria a parte normativa, que deve conter uma teoria da legislação<sup>239</sup> (perspectiva do legislador), da observância da lei (perspectiva do cidadão comum) e da decisão judicial (perspectiva do juiz). A parte que interessa mais de perto para este estudo é esta última, uma vez que é em seu âmbito que estão inseridas uma teoria da controvérsia, que estabelece padrões que os juízes devem utilizar para decidir os casos difíceis, e uma teoria da jurisdição, que explica por que e quando os juízes – e não outros grupos ou instituições – devem tomar as decisões exigidas pela teoria da controvérsia.

Na teoria normativa da decisão judicial, o autor enfatiza a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política<sup>240</sup> e defende a tese de que as decisões judiciais baseadas em argumentos de princípios são compatíveis com os princípios democráticos. Demais disso, comprova o jurista a justeza da revisão judicial limitada a argumentos de princípio, mesmo nos casos politicamente controversos.

De acordo com a teoria conceitual alternativa, proposta por Dworkin, os indivíduos podem ter direitos ao reconhecimento judicial de suas prerrogativas, mesmo nos casos difíceis, quando não existem decisões judiciais ou práticas sociais inequívocas que exijam uma decisão em favor de uma das partes.

A teoria geral de direito proposta por Dworkin admite a existência de diferentes tipos de argumentos, cada um deles suficientes para sustentar alguma razão que explique por que um objetivo coletivo, que normalmente fornece uma justificativa para uma decisão política, não justifica que algum indivíduo seja objeto de uma determinada desvantagem. Não obstante, a sua teoria sugere uma forma preferencial de argumentação em favor dos direitos políticos, que consiste na derivação de direitos particulares do direito abstrato à consideração e ao respeito, reputados como fundamentais e axiomáticos.

---

<sup>238</sup> A teoria geral do direito proposta por Dworkin tem os mesmos delineamentos gerais da teoria de Bentham (DWORKIN, 2002, p. XI).

<sup>239</sup> No âmbito da teoria legislativa, com base na teoria da justiça de Rawls, é pressuposto que as pessoas têm direito à igualdade, que o autor chama de “direito à igual consideração e respeito” perante a lei (DWORKIN, 2002, p. XVI).

<sup>240</sup> Em inglês *policy*, que corresponde a políticas ou políticas públicas.

A abordagem da teoria do direito defendida por Dworkin (2002, p. 20-21), que enfatiza os princípios, “[...] não pode contentar-se apenas em mostrar as ligações entre prática jurídica e a prática social, mas deve continuar a examinar e criticar a prática social à luz de padrões independentes de coerência e sentido”. Cabe à teoria do direito construir as pontes entre a teoria jurídica e a teoria moral, eis que não se pode separar o direito da moral.

Pode-se, então, inferir que Dworkin entende que não se devem buscar as explicações morais para o direito nas práticas sociais, mas é a própria teoria do direito que deve construir as pontes entre a teoria jurídica e a teoria moral, inclusive examinando e criticando a prática social à luz de padrões próprios e independentes.

Por outro lado, é imperioso ressaltar que na teoria de Dworkin há um espaço destacado para o princípio da justiça, esta considerada em seu sentido material ou substancial. Desta feita, constata-se que Dworkin (2003, p. 235-282) é adepto da teoria da justiça de Rawls,<sup>241</sup> máxime em razão de que, no contrato social proposto, os interesses das partes baseiam-se em direitos, e não em deveres ou metas. Contrapõe-se a Rawls, todavia, no aspecto em que considera a justiça não como uma questão de ponto de partida (tudo que provenha de procedimentos baseados na equidade é justo), mas, sobretudo, como uma questão de resultado.

Além disso, Dworkin concorda com o pressuposto mais básico da teoria de Rawls, o qual é externado no sentido de que os homens têm direito ao igual respeito e à igual consideração pelo projeto das instituições políticas. Cita o exemplo de que os homens, na posição original, uma vez que se tenha alcançado um certo nível de conforto material, protegeriam as liberdades básicas em nome de seu direito à igualdade, eis que entenderiam que uma ameaça à auto-estima, que as liberdades básicas protegem, constituiria então a mais séria ameaça ao igual respeito.

Na visão de Dworkin, a teoria da justiça de Rawls é assim sintetizada:

---

<sup>241</sup>A teoria da justiça de Rawls foi exposta inicialmente em sua obra *Uma teoria da justiça* (2001), cujo aperfeiçoamento foi feito em obra posterior *Liberalismo político* (1997), em que o autor antepõe ao primeiro princípio da justiça o princípio do mínimo essencial ou mínimo social (que se liga diretamente com o presente estudo), no sentido de que as necessidades básicas dos cidadãos devem ser satisfeitas, posto que “abaixo de certo nível de bem-estar material e social, de adestramento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos” (RAWLS, 1997, p. 169). Nedel (2000), de seu turno, traz os aspectos fundamentais dessa teoria, esclarecendo que ela objetiva representar uma alternativa ao pensamento utilitarista geral, que considera que “uma sociedade é organizada corretamente, quando suas instituições maximizam o saldo das satisfações”, ainda que leve ao sacrifício da liberdade e de outros direitos humanos. Em contrapartida, Rawls propõe a manutenção da exigência de princípios e valores fundamentais da sociedade (liberdade para todos e repartição equitativa das vantagens da cooperação social), que não podem jamais ser sacrificados, pois que estes, como princípios da justiça, representam as colunas mestras de toda a organização social. Com efeito, a teoria da justiça considera que cada pessoa tem uma inviolabilidade baseada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade pode sobrepujar.

[...], podemos dizer que a justiça enquanto equidade tem por base o pressuposto de um direito natural de todos os homens e as mulheres à igualdade de consideração e respeito, um direito que possuem não em virtude de seu nascimento, seus méritos, suas características ou excelências, mas simplesmente enquanto seres humanos capazes de elaborar projetos e fazer justiça.

Dworkin (2002, p. 419-420) destaca que o governo não somente deve tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e com igual respeito.<sup>242</sup>

Essa idéia é assim explicitada pelo autor:

Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração. O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão.

Nos próximos tópicos são especificados alguns aspectos da teoria de Dworkin que apresentam pertinência com o presente estudo.

#### 3.1.1.1.1 Distinção entre política, princípio e regra

Dworkin (2002, p. 36) distingue política de princípio, consoante as seguintes considerações:

política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).

[...] princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Do exposto, infere-se que princípios para Dworkin representam a dimensão da moralidade e não podem estar disfarçados de *objetivos*.

Apesar de já ter havido oportunidade de discorrer, no Capítulo II, sobre a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas, retorna-se ao assunto para que não se

---

<sup>242</sup> Dworkin (2002, p. 420) distingue dois direitos distintos que estão contidos no direito abstrato de “igual consideração e respeito”. O primeiro deles é o direito a igual tratamento (*equal treatment*), isto é, a mesma distribuição de bens e oportunidades que qualquer outra pessoa possua ou receba, mesmo que não contribua para os benefício geral. O segundo é o direito a ser tratado como igual (*treatment as an equal*), como um direito, não a uma distribuição igual de algum bem ou oportunidade, mas a igual consideração e respeito na decisão política sobre como tais bens e oportunidades serão distribuídos. Nesse sentido, “os que serão prejudicados têm um direito a ter sua provável perda levada em consideração quando da decisão de se a política servirá ao interesse coletivo. Não se pode, simplesmente, ignorá-los nesses cálculos. No entanto, quando o interesse deles é levado em consideração, poderão, não obstante isso, pesar menos que os interesses de outros que serão beneficiados por essa política”.

perca a linha de raciocínio. Assim, para Dworkin (2002, p. 39), a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares, acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então, ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e dessa forma em nada contribui para a decisão. A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra.

Diferentemente, os princípios,<sup>243</sup> inclusive aqueles que mais se assemelham a regras, não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. Os princípios enunciam razões que conduzem a argumentos em uma certa direção, mas ainda assim necessitam de uma decisão particular. Logo, os princípios não compelem a uma decisão, mas conferem direções às decisões. Acrescente-se: os princípios inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem. Já as regras ditam resultados (DWORKIN, 2002, p. 40-42; 57).

Demais disso, os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, que é a dimensão do peso ou importância. Significa que quando os princípios se entrecruzam, o julgador deve levar em conta a força relativa de cada um para decidir. Já as regras não têm essa dimensão porque, ainda que uma regra desempenhe um papel maior ou mais importante do que outra na regulação do comportamento, quando entram em conflito entre si, uma delas não irá suplantar a outra em virtude de sua importância. Destarte, o conflito de regras deve ser resolvido pelas tradicionais formas de solução de conflitos, como princípio da especialidade, princípio da hierarquia normativa e princípio temporal, não sendo possível declarar uma das regras como inválida. Já a decisão gerada a partir da colisão de princípios fundamenta-se em uma regra, ou seja, a regra não existe antes de o caso ser decidido; o julgador cita princípios para justificar a adoção e aplicação de uma nova regra (DWORKIN, 2002, p. 42-43; 46).

Nessa trilha, consoante lição de Dworkin (2002, p. 114), os princípios

entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O julgador que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como 'válido'.

---

<sup>243</sup> Dworkin (2002, p. 115) considera que “a moral é uma questão de princípio, e não de regras”.

Considerada a importância dos princípios para a solução dos *hard cases*, eles devem ser reputados como obrigatórios, cuja normatividade, inclusive, representa o cerne da teoria defendida por Dworkin. Destaque-se que esta consideração, quando levado em conta o sistema jurídico brasileiro, é ainda mais aplicável, pois os princípios e normas programáticas das quais se extraem os direitos fundamentais e, via de conseqüência, o direito ao mínimo existencial, encontram-se plasmados no texto constitucional, o que não acontece em todos os casos nos sistemas jurídicos americano e inglês, usados como modelos pelo autor.

Dessa feita, para Dworkin, a resposta conferida pelo positivismo aos casos difíceis ou nebulosos é insuficiente, pois como ele se ampara em um modelo fechado de regras, que representa um conjunto finito de regras convencionais, não consegue conferir respostas adequadas a esses casos, necessitando da intervenção livre do julgador (discricionariedade). Em contraponto a essa fragilidade da teoria positivista, na tentativa de garantir segurança jurídica mediante a redução da discricionariedade judicial, o teórico propõe a distinção entre princípios e regras, conferindo a ambos o caráter de obrigação. Servem, assim, os princípios, – os quais fazem a ponte entre o direito e a moral, sobretudo nos casos difíceis – como um instrumento relevante para o alcance de uma única decisão judicial correta ou consistente para cada caso, por meio de um processo argumentativo racional.

Dessa forma, consoante destaca Habermas citando a teoria de Dworkin (2003a, p. 259):

[...] o positivismo chega a uma falsa tese da autonomia, porque entende o direito como um sistema fechado de regras específicas de aplicação, as quais tornam necessária, em caso de colisão, uma decisão em termos de ‘tudo ou nada’ por parte do juiz. Ora, a representação *unidimensional* do direito, como um sistema de regras destituído de princípios, impõe a seguinte conclusão: colisões entre regras geram uma indeterminação da situação jurídica, que só pode ser superada decisionisticamente. Entretanto, quando se admite princípios – e a justificação da aplicação de normas à luz de princípios – e se os reconhece como componentes *normais* do discurso jurídico, não temos mais o problema do fechamento do sistema de regras, nem o da não-solucionabilidade de conflito de regras. (Grifos do autor).

Ademais, Monica (2007, p. 3) sumariza bem a questão exposta: “[...] com a ajuda da legitimação do conteúdo das decisões através de princípios, e não somente através de procedimentos, pode-se chegar a decisões corretas sem cair na discricionariedade judicial”.

Portanto, Dworkin (2002, p. 73) combate de forma veemente o entendimento do positivismo, que considera que os princípios e as políticas não são parte do direito, mas meramente padrões extrajurídicos tipicamente utilizados nos tribunais, nos casos difíceis, quando não houver regras claras. Na verdade, este jurista defende que os princípios e as

políticas se inserem no âmbito do direito e, por isso, a sua aplicação é compulsória, impondo obrigações de cumprimento por parte dos juízos decisórios.

Em outros termos, pode asseverar-se que o autor entende que não é possível distinguir padrões jurídicos de padrões morais. Os princípios jurídicos invocam prescrições morais, tornando-se necessário avaliar entre o peso moral dessas prescrições e seu peso especificamente jurídico, isto é, sua incidência específica sobre o sistema jurídico e particularmente sobre as decisões judiciais. Além disso, entende, ainda, que princípios justificam as regras explícitas (DWORKIN, 2002, p. 105).

Por outro lado, o esforço ingente de Dworkin para comprovar a normatividade dos princípios jurídicos e das políticas públicas, bem como a inexistência de distinção entre padrões jurídicos e padrões morais, combatendo, assim, o positivismo, parece plenamente justificável em um sistema do *common Law*,<sup>244</sup> onde usualmente as normas, à exceção de algumas regras, não se encontram positivadas.

Todavia, no que pertine ao sistema jurídico brasileiro, em que os princípios e as políticas públicas se encontram positivados na Constituição Federal, comprovar a força normatividade desses preceitos deveria ser uma tarefa bem menos gigantesca. Entretanto, não é o que a prática jurídica tem demonstrado. Explica-se. Mesmo com a positivação dos princípios e das políticas públicas no texto constitucional, máxime em razão da forma de positivação de algumas de suas normas,<sup>245</sup> há, ainda, muita controvérsia sobre a aplicabilidade direta desses dispositivos, os quais tornam-se, no mais das vezes, promessas vãs, cuja regulamentação e cumprimento são deixados ao alvedrio das maiorias parlamentares momentaneamente no poder.

---

<sup>244</sup> No sistema jurídico do *Common Law* (tradição anglo-saxônica) o direito escrito tem força normativa reduzida, sendo a construção jurisprudencial e não a lei a fonte das normas jurídicas por excelência, malgrado, diversamente do que ocorre na Inglaterra, a produção legislativa (*Statute Law*, de tradição romano-germânica) nos Estados Unidos já assumir atualmente proporção expressiva. Na tradição anglo-saxônica, o juiz tem não apenas o poder de declarar o direito, mas também o de criar ele próprio a regra que vai reger o caso submetido à sua apreciação. Dessa forma, a Constituição americana é o que a Suprema Corte afirma ser a cada época. No Brasil, por sua vez, de tradição romano-germânica, a fonte formal por excelência do direito tem sido a lei (CF, art. 5º, II), figurando como fontes formais subsidiárias a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (LICC, art. 4º). Já o conjunto de decisões dos tribunais, sempre vinculado ao conteúdo normativo, é fonte intelectual, informativa, destinado a vivificar os textos legais e conformá-los à realidade (BARROSO, 2001, p. 54-55).

<sup>245</sup> Para maiores detalhes v. item 3.3.1.1.

### 3.1.1.1.2 A interpretação nos casos difíceis

Neste tópico, concentra-se na parte normativa da teoria do direito proposta por Dworkin que trata especificamente da decisão judicial (perspectiva do juiz). Nesse âmbito, conforme assinalado, estão inseridas uma teoria da controvérsia, que estabelece padrões que os juízes devem utilizar para decidir os casos difíceis e uma teoria da jurisdição, que explica por que e quando os juízes – e não outros grupos ou instituições – devem tomar decisões exigidas pela teoria da controvérsia.

Antes de cuidar especificamente dos temas explicitados, analisa-se o que vem a ser os casos difíceis, como questão preliminar prejudicial para a compreensão dos temas subseqüentes, inobstante já ter sido tratado deste assunto, de forma genérica, ao longo do trabalho.

#### a) casos difíceis

Dworkin (2002, p. 127) destaca que, consoante o positivismo, “[...] quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra.” Conclui o jurista que “[...] na verdade, ele legisla novos direitos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão”.

Quando o autor (2002, p. 131; 553) trata de casos que não são submetidos a uma *regra de direito clara*, considera estes como *casos difíceis (hard cases)*, “em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção”. Em outros termos, para o jurista, casos difíceis são aqueles que não são decididos de antemão pelo significado direto das disposições constitucionais ou legais.

Confrontando esta posição adotada pelo positivismo, Dworkin (2002, p. 127) defende que nos casos difíceis, mesmo inexistindo regras claras, o juiz continua tendo o dever de *descobrir* quais são os direitos das partes, e não de *inventar* novos direitos retroativamente.

Impende destacar que Dworkin (2002, p. 211-215) parte do pressuposto de que a Constituição é a fonte fundamental e imperativa do direito constitucional e, ainda que, a fidelidade a esse texto é uma exigência suprema da interpretação constitucional. Demais disso, entende que os termos considerados *vagos* utilizados pelas normas são necessários, pois, além da norma não ser capaz de prever todas as situações fáticas, não há como vislumbrar todas as manifestações das concepções morais veiculadas por meio dessas normas.

Destaca o autor que as concepções morais inseridas nas normas constitucionais não pretendem estabelecer uma *concepção particular de moral*, mas um *conceito de moral*.<sup>246</sup> Nesse sentido, conclui que “[...] as cláusulas são ‘vagas’ somente se as considerarmos como tentativas remendadas, incompletas ou esquemáticas de estabelecer concepções particulares. Se as encararmos como apelos a conceitos morais, um maior detalhamento não as tornará mais precisa.”

De outra parte, Dworkin (2002, p.132; 147) entende que nos casos difíceis, de maneira geral, devem ser usados argumentos de princípio e não argumentos de política e excepciona as situações em que são pleiteados direitos contra o Estado, eis que nesse caso o autor admite que também sejam usados argumentos de política.<sup>247</sup>

Antes de confrontar esses pressupostos do entendimento de Dworkin com algumas questões relevantes para o presente estudo, impende esclarecer o que significa *argumentos de princípio* e *argumentos de política*.<sup>248</sup> Com efeito, argumentos de política (*policy*) “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, isto é, são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os argumentos de princípio “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”, ou seja, são argumentos destinados a estabelecer um direito individual.<sup>249</sup>

---

<sup>246</sup> Para explicar a diferença entre conceito e concepção Dworkin (2003, p. 86-87) utiliza como exemplo uma árvore com seu tronco e seus galhos. O conceito representa o tronco da árvore e a concepção, os seus galhos. O conceito corresponde a uma descrição mais abstrata, enquanto a concepção corresponde aos refinamentos mais concretos do conceito. Para o autor, em termos gerais, as pessoas concordam com as proposições mais genéricas, mas divergem quanto aos refinamentos mais concretos ou as subinterpretações dessas proposições abstratas. Conclui: “[...] o contraste entre conceito e concepção é aqui um contraste entre níveis de abstração nos quais se pode estudar a interpretação da prática. No primeiro nível, o acordo tem por base idéias distintas que são incontestavelmente utilizadas em todas as interpretações; no segundo, a controvérsia latente nessa abstração é identificada e assumida. Expor essa estrutura pode ajudar a aprimorar o argumento, e, de qualquer modo, irá melhorar a compreensão da comunidade acerca de seu ambiente intelectual.”

<sup>247</sup> No que concerne às políticas públicas, o entendimento de Dworkin é especificamente relevante, pois que elas – além de representarem um direito contra o Estado, que é o ente responsável juridicamente por seu planejamento e implementação – estão ligadas diretamente a argumentos políticos, haja vista que os interesses envolvidos são interesses da coletividade. Nesse caso, então, consoante o pensamento do autor, preferencialmente devem ser utilizados argumentos de princípio para a solução da controvérsia, mas se admite também a utilização de argumentos de política. Assim, a decisão judicial poderá pender favoravelmente tanto para o lado de um pedido individual que se insere no âmbito de uma política pública, quanto para o lado de um pedido coletivo formulado, por exemplo, pelo órgão do Ministério Público, no âmbito de uma ação civil pública, em que o interesse da coletividade pode estar envolvido. Demais disso, não é ocioso mencionar que no sistema jurídico brasileiro ocorreu a constitucionalização das políticas públicas (v. item 3.3.1.2.2, alínea “b”), portanto, houve a judicialização da política e, por isso, esta questão deve inserir-se na competência do Judiciário.

<sup>248</sup> Estas expressões têm correlação com os conceitos de princípio e de política já expostos.

<sup>249</sup> Elucidadora a posição de Dworkin (2002, p. 452) acerca dos argumentos de princípio e argumentos de política. Para ele, os primeiros “tentam justificar uma decisão política que beneficia alguma pessoa ou algum grupo mostrando que eles têm direito ao benefício”. O segundo, “tentam justificar uma decisão mostrando

## b) teoria da controvérsia

Consoante Dworkin (2003, p. 8-15), a divergência sobre o direito classifica-se em empírica e teórica. A primeira significa que as pessoas podem divergir a propósito de palavras ou questões de fato. Esta não representa maiores problemas. A segunda, mais relevante e problemática, refere-se à divergência quanto aos fundamentos do direito. A partir da abordagem da prática judiciária, o autor objetiva compreender de que tipo de divergência teórica se trata, criando e defendendo uma teoria particular sobre os fundamentos apropriados do direito, pois acredita que os casos judiciais poderiam ser resolvidos com facilidade “[...] se todos estivessem de acordo quanto ao que é o direito, se não houvesse divergência teórica sobre os fundamentos do direito”.

Para o jusfilósofo (2003, p. 17-19), o direito é uma prática social de característica argumentativa, observado que, nesse contexto, aos menos dois pontos são decisivos em sua formulação teórica: a “interpretação construtiva”<sup>250</sup> e a tese do “romance em cadeia”.<sup>251</sup> Seu estudo adota o ponto de vista interno, do participante, ou seja, do juiz, “porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica”.

Parte Dworkin (2003, p. 260) do direito compreendido como integridade, vez que para ele esta forma de compreensão é a chave para a melhor interpretação construtiva das práticas jurídicas e, particularmente, do modo como os juízes decidem os casos difíceis nos tribunais. Outrossim, a interpretação construtiva reconhece a integridade como ideal político.

Destarte, ao buscar a melhor concepção do direito no sentido de construção teórica que mais bem explica ou justifica o uso da força estatal,<sup>252</sup> que inclusive envolve a

que, apesar do fato de que os beneficiados não têm direito ao benefício, sua concessão favorecerá um objetivo coletivo da comunidade política”.

<sup>250</sup> Para a aplicação da teoria construtiva no âmbito de sua teoria do direito como integridade, Dworkin (2003, p. 294) invoca o auxílio do juiz imaginário, *Hércules*, “dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor”.

<sup>251</sup> O “romance em cadeia” é uma expressão utilizada por Dworkin (2003, p. 276-286) para se referir à complexa situação do intérprete ao aplicar o direito do qual não é autor, sobretudo nos casos difíceis. Representa esta situação um projeto em que “cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante”. É uma só obra, que embora de autoria coletiva é como se fosse escrita por um único autor, em que se busca a melhor qualidade possível. A obra deverá ser submetida à prova sob a dimensão da adequação (refere-se à exigência de compatibilidade com o desenrolar da história) e a dimensão da interpretação (refere-se à exigência de julgar qual das leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão). O autor transporta essa situação para o campo jurídico, considerando que este é o papel do juiz ao apreciar um caso, pois um caso difícil no direito se parece com esse “jogo literário”. Assim como o último romancista da cadeia, o juiz não deve simplesmente reproduzir, muito menos criar decisões do nada; ele deve ser consciencioso da unidade na qual sua tarefa está inserida.

<sup>252</sup> Para Dworkin (2003, p. 136), a força do direito corresponde ao relativo poder que tem toda e qualquer verdadeira proposição jurídica (toda afirmação e alegação que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes

questão da legitimidade, o autor (2003, p. 141-331) apresenta as seguintes teorias: convencionalista, pragmática e direito como integridade. Nesse aspecto, apresenta, por um lado, a teoria convencionalista, identificada pelo autor com o positivismo, como uma interpretação da prática e da tradição jurídicas, cujo postulado é a aceitação irrestrita do respeito da convenção da vontade majoritária advinda do legislativo, pois os juízes devem aplicar o que já foi estabelecido. Para esta teoria “[...] o direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política” (observa-se nesta teoria, via de regra, o realce exagerado na previsibilidade das decisões). O ponto fraco do convencionalismo, tal qual no positivismo, é deixar em aberto o flanco da discricionariedade forte, pois, nestes casos, os juízes criam direito aplicando esta criação de modo retroativo.

Por outro lado, apresenta Dworkin a teoria pragmática como uma interpretação da prática jurídica, que justifica a força do Estado não em uma determinação prévia do direito advinda da instituição legislativa, mas na decisão de cada caso em particular. Com isso, ela precisa explicar ou reconstruir a prática dos juízes, suas crenças e atos de vontade, resultando, de conseguinte, no ceticismo, em que se torna impossível saber como irão decidir os juízes; tudo parece não passar de *profecias* (nota-se quanto a essa teoria, o apego exagerado na flexibilidade das decisões).

Por último, ante as fragilidades das teorias precedentes e objetivando estabelecer um ponto de equilíbrio entre previsibilidade e flexibilidade das decisões, diz o autor que é necessário formular uma teoria alternativa, e, com tal escopo, apresenta a teoria do direito como integridade, cujos aspectos destacados são a adequação da interpretação e os cânones interpretativos, que reproduzem a idéia de coerência e congruência em relação a certos princípios de retidão moral. O direito como integridade “[...] sustenta que as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo” (DWORKIN, 2002, p. 186).

Ao procurar, de outra parte, encaixar a defesa da integridade em algum modelo de comunidade,<sup>253</sup> Dworkin (2003, p. 251-260) analisa três modelos: o modelo de fato (supõe que os membros de uma comunidade tratam sua associação apenas como um acidente de fato

---

permite, proíbe ou autoriza) de justificar a coerção em vários tipos de circunstâncias especiais, ou seja, significa a justificativa geral que o direito oferece para o uso da coerção.

<sup>253</sup> Dworkin (2003, p. 208) defende a idéia de que a integridade política personifica a comunidade como atuante, pois pressupõe que “a comunidade pode adotar, expressar e ser fiel ou infiel a princípios próprios, diferentes daqueles de quaisquer de seus dirigentes ou cidadãos enquanto indivíduos”.

da história e da geografia); o modelo de regras (pressupõe que os membros de uma comunidade política aceitam o compromisso geral de obedecer a regras estabelecidas de um certo modo que é específico dessa comunidade, porém, sua obrigação se esgota no conteúdo dessas regras) e o modelo do princípio (insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados pela aceitação de que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político). A comunidade de princípios, representada pelo último modelo, é a única que aceita a integridade política como ideal político, significando que “[...] cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular”. Uma comunidade de princípios é, assim, fiel à promessa de que “o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios”, observado que “o direito não pode florescer como um empreendimento interpretativo em qualquer comunidade, a menos que haja suficiente consenso inicial sobre quais práticas são práticas jurídicas”. Este consenso inicial representa a unificação das leituras ou visões dos participantes da prática compartilhada, que se esteia no referencial sob o qual se constrói o campo de atração das diversas versões da prática, isto é, o conceito de direito. Complementa o autor:

se pudermos compreender nossas práticas como apropriadas ao modelo de princípios, podemos sustentar a legitimidade de nossas instituições, e as obrigações políticas que elas pressupõem, como uma questão de fraternidade, e deveríamos portanto tentar aperfeiçoar nossas instituições em tal sentido.

Ademais, para Dworkin (2003, p. 22), a compreensão de que a prática interpretativa pode ser concebida como um *romance em cadeia* é de extrema relevância, eis que significa que, seja nos casos difíceis (ou nos fáceis) apresentados em juízo ou na própria elaboração de novos enunciados legais pelos legisladores, o direito deve ser considerado em seu todo como algo que continua. Nessa senda, para o autor, o direito como integridade implica ser congruente com um todo assumido como coerente. Destarte, “[...] como os críticos literários precisam de uma teoria operacional, ou pelo menos de um estilo de interpretação, para interpretar o poema por trás do texto, os juízes também precisam de algo como uma teoria da legislação para fazer o mesmo com relação às leis”.

Consoante Dworkin, para o intérprete da obra de arte, interpretar não é determinar o significado de expressões ou de frases que a compõem, mas defender, através de argumentos, o sentido da obra de arte considerada como um todo.

Tendo o direito como integridade, como pano de fundo, em que se inclui a compreensão do *romance em cadeia*, o autor elabora a sua teoria interpretativa construtiva,

que para ele decorre de uma atitude interpretativa,<sup>254</sup> buscando o seu refinamento, a fim de que possa servir de instrumento apropriado ao estudo do direito enquanto prática social. Desta feita, ele entende como interpretação criativa a interpretação de uma prática social referente a algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas.

Em linhas gerais, para Dworkin (2003, p. 63-64), interpretação construtiva “[...] é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”. Impor um *propósito* a um objeto, para Dworkin, significa considerar este propósito sob o ponto de vista do consenso (intenção) da comunidade.

Dworkin (2003, p. 81-84) separa a interpretação criativa em três etapas: etapa “pré-interpretativa”, na qual “são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática”. Nesta etapa, considerada descritiva, realizam-se a identificação e a qualificação do objeto interpretado como pertencente a um determinado gênero, ou seja, os atores identificam as regras ou normas que proporcionam o contexto da interpretação e o conteúdo provisório; etapa interpretativa, em que o intérprete se concentra numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa, ou seja, devem ser atribuídos sentidos aos dados identificados no estágio anterior, reconstruindo-os à luz de alguma justificativa geral para que se lhe dê um sentido homogêneo; por último, “deve haver uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual ele ajuste sua idéia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa”.<sup>255</sup>

---

<sup>254</sup> Dworkin (2003, p. 56-59) assenta as bases da atitude interpretativa sob a qual fixa sua teoria da interpretação construtiva, por meio de um exemplo hipotético das “regras de cortesia” de determinada comunidade. Os membros dessa comunidade seguem um conjunto de regras, que chamam de “regras de cortesia”. A cortesia exige que os camponeses tirem o chapéu diante dos nobres. No início, a comunidade cumpre tais regras de forma mecânica. Com o passar do tempo, entretanto, a comunidade desenvolve uma “atitude interpretativa” diante dessas regras, mediante a busca do propósito, finalidade ou valor dessas regras e a percepção de que o comportamento que tais regras evocam não são, necessária ou exclusivamente, aquilo que sempre se imaginou que fossem, exigindo-se, assim, a implementação de alterações para que seu fim ou propósito possa ser melhor atendido. Dworkin assim explicita esta atitude interpretativa “as pessoas agora tentam impor um significado à instituição – vê-la em sua melhor luz – e, em seguida, reestruturá-la à luz desse significado”. Assim, a interpretação pretende decidir não apenas por que a cortesia existe, mas também o que, devidamente compreendida, ela agora requer. Valor e conteúdo se confundem. Assim, nota-se que quando a atitude interpretativa se desenvolve plenamente “a interpretação repercute na prática, alterando a sua forma, e a nova forma incentiva uma nova reinterpretação”. Ou seja, a interpretação realizada introduz uma dimensão crítica e uma dimensão construtiva. Isso significa que a atitude interpretativa implica a busca pelo propósito geral da prática realizada, a fim de que se saiba qual é a melhor maneira de se continuar a prática.

<sup>255</sup> Trazendo o modelo imaginário proposto por Dworkin sobre as “regras da cortesia”, podem ser sinteticamente separadas as etapas interpretativas da seguinte forma: a) fase pré-interpretativa: a regra de cortesia é “os camponeses devem tirar o chapéu diante dos nobres”; b) fase interpretativa: o propósito ou justificativa desta regra da cortesia representa uma forma de respeito; c) fase pós-interpretativa: há outras formas de respeito mais eficientes, como tirar o chapéu diante dos velhos e das mulheres, por exemplo (busca-se a melhor aplicação da prática que tenha coerência com sua justificativa).

Dworkin (2003, p. 83-84) expõe de forma analítica as fases descritas, com vistas a que uma pessoa possa obter uma interpretação competente:

Ela precisa de hipóteses ou convicções sobre aquilo que é válido, enquanto parte da prática, a fim de definir os dados brutos de sua interpretação na etapa pré-interpretativa.

[...] Ela também precisará de convicções sobre até que ponto a justificativa que propõe na etapa interpretativa deve ajustar-se às características habituais da prática, para ter valor como uma interpretação dela e não como invenção de algo novo.

[...] Finalmente, essa pessoa vai precisar de convicções mais substantivas sobre os tipos de justificativa, que, de fato, mostrariam a prática sob sua melhor luz, e de juízos sobre se a hierarquia social é desejável ou deplorável, por exemplo.

Demais disso, algumas exigências da integridade são formuladas pelo autor, tais como a virtude da equidade (“é uma questão de encontrar os procedimentos políticos – métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado – que distribuem o poder político da maneira adequada”), da justiça (“preocupa-se com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade”, relacionadas com a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos) e do devido processo adjetivo (“diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos”). Tais virtudes representam “[...] os ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem” (DWORKIN, 2003, p. 200; 483).

Sgarbi (2007, p. 485) sumariza com percuciência tais virtudes, em que “[...] a ‘equidade’ expressa um princípio de organização e participação na vida política, a ‘justiça’ a conformidade com um modelo ideal de justo, e o ‘devido processo legal adjetivo’ a retidão legal na atividade jurisdicional.”

Ressalte-se que da compreensão de coerência e de suas exigências, Dworkin faz derivar dois cânones interpretativos principais: o de adequação ou harmonia e o de justificação. Sgarbi (2007, p. 485) esclarece que o primeiro “acentua que devem os juízes, ao interpretarem, harmonizar-se com os materiais jurídicos ou materiais institucionais” e, o segundo, refere-se “ao fato da interpretação ter de ser posta em relação com os princípios da equidade, da justiça e do devido processo legislativo”.

Por fim, faz-se mister destacar que, a despeito da existência de várias objeções, Dworkin (2002, p. 429-430) defende que há uma única resposta certa para questões complexas de direito e moralidade política. Ainda que longa, vale a pena transcrever a sua fundamentação para esse entendimento:

Nos capítulos 2 e 3, por exemplo, oponho-me à teoria popular de que os juízes têm o poder discricionário para decidir os casos difíceis. Admito que os princípios do

direito são às vezes tão equilibrados que os que favorecem o demandante parecerão, tomando em conjunto, mais fortes a alguns advogados, mas outros, mais fracos. Sustento que mesmo assim faz sentido que cada uma das partes reivindique a prerrogativa de sair vencedora e, em decorrência disso, de negar ao juiz o poder discricionário de decidir em favor de outra. No capítulo 4, descrevo um processo de decisão que atribui conteúdo a essa reivindicação; mas não afirmo (na verdade, nego) que esse processo de decisão levará sempre à mesma decisão nas mãos de diferentes juizes. Contudo, insisto que, mesmo nos casos difíceis, é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir, e não inventar, os direitos das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização. Portanto, a tese que não há resposta correta é hostil à tese dos direitos que defendo.

Ao postular que há apenas uma resposta correta para os casos difíceis, Dworkin (2002, p. 435), ainda, ancora-se no seguinte embasamento de natureza mais específica “[...] uma proposição do direito pode ser considerada verdadeira se for mais coerente do que a proposição contrária com a teoria jurídica que justifique melhor o direito estabelecido”.

Demais disso, pode inferir-se, consoante expõe Dworkin (2002), que a afirmação de que “não há uma resposta correta” corresponde na verdade à situação de indefinição quanto à decisão, ou seja, o juiz ainda não se decidiu sobre o direito das partes envolvidas. E não se decidiu porque ainda não conseguiu desvendar os argumentos que envolvem o caso, fazendo pender a decisão mais para um lado da balança do que para o outro.

### c) teoria da jurisdição

O jurista de Harvard (2002, p. 215-216) compara e contrasta duas filosofias muito gerais acerca do modo como os tribunais devem decidir problemas constitucionais difíceis e controversos, quais sejam, a filosofia do ativismo judicial e a da moderação judicial (passivismo). O programa do ativismo judicial, em sua forma mais radical, sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas *cláusulas constitucionais vagas* como conceitos morais, desenvolvendo princípios de legalidade, igualdade etc. e, então, à luz da visão moral recente da Corte, julgar os atos dos outros poderes. O programa da moderação judicial,<sup>256</sup> ao contrário, afirma que:

os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões de outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juizes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo,

<sup>256</sup> O programa de moderação judicial se divide em duas teorias: a) teoria cética: ataca o ativismo em suas raízes, argumentando que, de fato, os indivíduos não têm direitos morais contra o Estado; b) teoria da deferência: supõe que os cidadãos têm direitos morais contra o Estado, além dos que o direito expressamente lhes garante, contudo, o caráter e a força desses direitos são discutíveis, destacado que outras instituições políticas que não os tribunais são responsáveis pela decisão sobre quais direitos haverão de ser reconhecidos (DWORKIN, 2002, p. 217).

os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível [...].

Há uma grande oposição ao programa do ativismo judicial sob o argumento de que ele fere o princípio democrático, no sentido de que é a vontade da maioria, representada no parlamento, mediante o voto popular, e, nesses termos, considerada uma instituição democrática, que deve prevalecer quanto às decisões políticas ou morais importantes, pois tem mais probabilidade do que os tribunais de chegar a resultados mais bem fundamentados sobre os direitos morais dos indivíduos.

Contudo, Dworkin (2002, p. 222-226) contra-argumenta, em essência, que como a maioria é representada por muitas instituições políticas diferentes, cada qual representando um segmento eleitoral diferente, que muda sua composição de tempos em tempos, estará esta maioria decidindo sobre os seus próprios interesses e, assim, sendo o único juiz de suas próprias decisões. Entretanto, essa compreensão de democracia ignora o fato de que as decisões a respeito dos *direitos contra a maioria* não são questões que devam, por razões de equidade, ser deixadas a cargo da maioria. Destarte, não parece justo que a maioria julgue em causa própria em um constitucionalismo que postula que o poder da maioria deve ser limitado para que se protejam os direitos individuais.

Assim, a postura de Dworkin (2003, p. 425-453), ao confrontar o passivismo e o ativismo judicial, é no sentido de discordar de ambos, principalmente se o passivismo considerar que “melhor interpretação das cláusulas abstratas da Constituição [...] é a interpretação cética de que elas nem permitem nem proíbem nada além daquilo que decorre exclusivamente da mais rigorosa interpretação de sua linguagem” e se o ativismo for relacionado com o juiz pragmático, que “[...] ignora o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões da Suprema Corte que buscam interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política”.

Para Dworkin (2003, p. 431), a virtude está no equilíbrio. Firma, assim, sua opinião: “qualquer juiz consciencioso, em qualquer desses campos opostos, é um adepto da interpretação em seu sentido mais amplo: cada um tenta impor a melhor interpretação a nossa estrutura e prática constitucionais, para poder vê-las em sua melhor perspectiva”.

### 3.1.1.3 Síntese da teoria dworkiniana

Levar os direitos a sérios para Dworkin (2002, p. 286), significa exigir que o governo ao menos tente chegar a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos. E como a perspectiva do autor é sobretudo a adotada pelo Judiciário, espera-se, então, que esse poder procure dar uma resposta correta em relação aos direitos contrapostos colocados em suas mãos para que sejam solucionados.

Dworkin (2002, p. 283) entende que o debate deve ser travado para desvendar o conceito de direitos contra o Estado, ou seja, qual o seu alcance, uma vez que quanto à questão de saber se os cidadãos têm direitos morais contra o Estado já existe um consenso geral, haja vista que a Constituição transformou direitos morais em jurídicos. Nesse sentido, dispõe o autor: “a Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens”.

Dworkin (2002, p. 297-298) sumariza de forma lapidar esta questão:

Os cidadãos têm direitos pessoais à proteção do Estado, assim como direitos pessoais a estar livres da interferência estatal, e pode ser que o governo tenha de escolher entre esses dois tipos de direitos. [...] É dessa maneira que os direitos individuais reconhecidos por nossa sociedade entram freqüentemente em conflito, e, quando isso acontece, compete ao governo distingui-los. Se o governo fizer a escolha certa e proteger o mais importante em detrimento do que tem menos importância, o governo não terá enfraquecido ou aviltado a noção de direito; isso aconteceria caso ele tivesse fracassado na proteção do mais importante dos dois. Assim, devemos reconhecer que o governo tem uma razão para restringir direitos se, com plausibilidade, acreditar que um dos direitos concorrentes é o mais importante.

[...] um direito contra o governo deve ser um direito de fazer algo mesmo quando a maioria considera errado fazer tal coisa, ainda que a maioria fique prejudicada em razão disso.

Para Dworkin (2002, p. 304-305; 314), dizer que um homem tem um direito fundamental contra o Estado significa que esse direito é necessário para proteger sua dignidade (pressupõe que existem maneiras de tratar um homem que são incompatíveis com seu reconhecimento como membro pleno da comunidade humana e, por isso, são injustas) ou sua posição enquanto detentor da mesma consideração e do mesmo respeito (pressupõe que os membros mais frágeis da comunidade política têm direito à mesma consideração e ao mesmo respeito que o governo concede a membros mais poderosos). Complementa o autor que “[...] se os direitos têm sentido, a violação de um direito relativamente importante deve ser uma questão muito séria. Significa tratar um homem como menos que um homem ou como se

fosse menos digno de consideração que outros homens”. E conclui: “a instituição dos direitos é crucial, pois representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas.”

Quanto à consideração do direito como integridade, irretocável é a reflexão de Sgarbi (2007, p. 485):

[...] a integridade exige que o legislador e o juiz ajam de modo congruente com os princípios e a moral política que se encontram na base da comunidade política vista como uma comunidade personificada. Sendo que três são os pontos centrais dessa compreensão: a de que os acordos semânticos têm importância secundária para a interpretação dos enunciados jurídicos (*plain fact view*); a de que a prática jurídica deve ser realizada como um ‘romance em cadeia’ (coerência); e que os episódios escritos da prática jurídica devem seguir os cânones da harmonia e justificação.

Pelo exposto, constata-se que a preocupação de Dworkin ao elaborar o seu método interpretativo é *construir* a melhor decisão para os casos postos em julgamento, buscando interação com a prática jurídica e social, em que a teoria do direito, no âmbito de uma comunidade de princípio em que cada cidadão respeita os princípios de equidade e de justiça, seja concebido como integridade.

A teoria do direito como integridade deve reproduzir, assim, a idéia de coerência e congruência em relação a certos princípios de retidão moral como a equidade, a justiça e o devido processo legislativo, que proporcionem a melhor justificativa da prática jurídica como um todo.

Destarte, com embasamento na teoria do direito como integridade, mediante a utilização das metáforas do *juiz Hércules*, e do *romance em cadeia*, e das *fases interpretativas*, a *interpretação construtiva* objetiva “impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam” (DWORKIN, 2003, p. 63-64).

Pedron (2005, p. 74) assim define a atividade interpretativa proposta por Dworkin “[...] tais atividades levarão não somente o magistrado, mas também a comunidade, compreendida pela totalidade de seus membros, ao melhor argumento possível do ponto de vista de uma moral política substantiva, bem como a um argumento com pretensões de ser o correto”.

Observa-se, com efeito, que o método construtivo proposto por Dworkin exige que seja empreendida uma visão macrossistêmica da prática jurídica para a solução de controvérsias específicas. Preocupa o jusfilósofo que tais soluções não sejam *profecias* imaginadas pelos juízes, porém que sejam o resultado de um processo argumentativo racional

em que não haja espaço para subjetivismos e a tônica seja a congruência com um todo assumido como coerente.

### 3.1.2 Teoria dos Princípios de Robert Alexy

Consoante exposto no tópico 2.3.3, Alexy (2008), ao procurar esclarecer as razões que justificam o fato de os princípios e as regras entrarem em confronto de forma diferenciada, aprimorando, nesta parte, o estudo de Dworkin, elaborou uma teoria dos princípios, composta por três teses fundamentais: a) a tese da otimização; b) a lei da colisão e c) a lei da ponderação.<sup>257</sup>

Em relação à tese da otimização, encontra-se ela explicitada no mencionado tópico, a qual se caracteriza por considerar os princípios como “mandamentos de otimização”, em que deles é exigido que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Quanto às leis de colisão e da ponderação são estas analisadas nos próximos itens, observado que, no final, para melhor compreensão da teoria de Alexy, é examinado um caso hipotético envolvendo o mínimo existencial.

#### 3.1.2.1 Lei da colisão

Como pressuposto da elaboração da *lei da colisão*, ressalta Alexy (2008, pp. 91-95) que as regras e os princípios se diferenciam, sobretudo pela forma de solução de conflitos. Por isso é possível asseverar que a diferença proposta torna-se mais clara nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras.

Ensina que um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou, se isso não for possível, deve pelo menos uma das regras ser declarada inválida. “Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é”. Para se resolver o problema da invalidade da regra podem ser utilizados os seguintes critérios: da superioridade (*lex superior*

---

<sup>257</sup> Não é ocioso remarcar que “[...] na medida em que os princípios são estabelecidos como categoria precisamente para potencializar sua aplicação em hipótese de colisão, parece correto dizer que a colisão e a ponderação são integrativas da própria identidade dos princípios jurídicos, o que já autorizaria desde logo a conclusão de que não é necessário ‘encontrar’ um princípio da proporcionalidade ou um princípio da ponderação no texto constitucional brasileiro, ou mesmo reputá-lo implícito, uma vez que a proporcionalidade decorre do próprio caráter principal das normas jurídicas” (GALDINO, 2005, p. 36-37).

*derogat legi inferiori*), da anterioridade (*lex posterior derogat legi priori*) e da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).

Já no que concerne à colisão de princípios, as soluções são completamente diversas, pois que se dois princípios colidem, um deles terá que ceder, no sentido de que um dos princípios terá precedência em face do outro sob determinadas condições. Tais condições referem-se à importância ou peso dos princípios em colidência em cada caso concreto. Então, mediante o sopesamento de interesses conflitantes, chega-se ao princípio que deverá ter precedência sobre o outro, solucionando a questão. Outrossim, o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível hierárquico – tem maior peso no caso concreto. Com clareza meridiana, Alexy sumariza a matéria nos seguintes termos “[...] conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”.

Ante os raciocínios expostos, Alexy (2008, p. 99) constrói a *lei da colisão*, que é um dos fundamentos da teoria dos princípios que ele defende e a qual resume da seguinte forma: “[...] as condições sobre as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.<sup>258</sup> Ainda, sobre a *lei de colisão*, afirma o jurista: “como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido”.<sup>259</sup> Em outras palavras, pode asseverar-se que as condições

---

<sup>258</sup> Alexy (2008, p. 108) fundamenta essa idéia a partir do seguinte raciocínio: “decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto”.

<sup>259</sup> Alexy (2008, p. 99-100) explica essa assertiva por meio do caso Lebach: “nessa decisão estava em questão a seguinte situação: a emissora de televisão alemã ZDF planejava exibir um documentário chamado ‘O assassinato de soldados em Lebach’. Esse programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1º, § 2º, e 2º, § 1º, da Constituição alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada. O Tribunal rejeitou seu pedido de medida cautelar para proibir a exibição, e o Tribunal Superior Estadual negou provimento ao recurso contra essa decisão. O autor ajuizou, então, uma reclamação constitucional contra essas decisões”. A argumentação do Tribunal Constitucional Federal desenvolveu-se em três etapas, sendo: a) na primeira etapa constata-se uma situação de conflito entre a proteção da personalidade e a liberdade de informar por meio de radiodifusão; b) na segunda etapa, o Tribunal sustenta uma precedência geral da liberdade de informar no caso de uma *informação atual sobre atos criminosos*, permitindo-se o estabelecimento de exceções; c) na

representam os fatos que dão sustentação a um ou a outro princípio e, os mais relevantes, garantirão a precedência de um princípio sobre o outro, definindo a consequência dessa precedência ou a decisão para o caso concreto, estabelecendo entre os princípios, por conseguinte, uma relação de precedência condicionada, “[...] porquanto, se fosse estabelecida relação de prevalência absoluta de uma das normas, estaríamos em realidade formulando uma exceção à norma sucumbente, o que daria notas típicas de regra (e não de princípio) à norma vitoriosa” (DANTAS, 2005, p. 72).

Nos termos explicitados no item 2.3.3, os princípios possuem somente mandados *prima facie*, já que a realização dos mandados contidos nos princípios depende das circunstâncias fáticas e jurídicas que podem determinar graus diferentes de realizabilidade de um princípio ou a preponderância de um princípio sobre o outro. Com efeito, os princípios sempre dependem do cotejo com os princípios opostos, conforme as possibilidades fáticas.

As regras, de seu turno, possuem, de maneira geral, mandados definitivos, ou, se não totalmente definitivos, ao menos em um grau maior do que os princípios. Assim, as regras somente não expressam mandados totalmente definitivos ante a possibilidade de inclusão, em uma regra, de uma cláusula de exceção, o que pode ocorrer, inclusive, pelo reconhecimento no caso concreto da preponderância de um princípio oposto ao princípio em que se apóia a regra.

Em outros termos, pode afirmar-se que há sempre um princípio embasando uma regra de direito fundamental. Entrementes, se não há no caso concreto outro princípio constitucional a sobrepor a regra de direito fundamental é esta aplicada como regra. Ao contrário, se há outro princípio sobrepondo-lhe, a aplicação se dá no nível de princípios. É o caráter dúplice das normas de direitos fundamentais que é exposto com clareza por Sousa (2008, p. 40):

Possuem o caráter de regras, quando se aplicam sem necessidade de serem ponderados em relação a outra norma. Entretanto, possuem também a característica de princípios, já que as cláusulas restritivas genéricas que se lhes inserem são baseadas em princípios contrapostos aos princípios que embasam os direitos fundamentais.

Esclarece Alexy (2008, p. 141-144) que ao nível dos princípios pertencem todos aqueles que sejam constitucionalmente relevantes para as decisões no âmbito dos direitos fundamentais, complementando que quando:

---

terceira etapa, ocorre a decisão. A proteção da personalidade tem precedência sobre a liberdade de informar, significando a proibição da veiculação da notícia, sendo que o enunciado de preferência é composto por quatro condições: repetição/ausência de interesse atual pela informação; grave crime/risco à ressocialização. Assim, o enunciado de preferência, é uma regra com quatro atributos de suporte fático: uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação, sobre um grave crime, e que põe em risco a ressocialização do autor, é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais.

[...] por meio de uma disposição de direito fundamental, é fixada alguma determinação em relação às exigências de princípios colidentes, então, por meio dela não é estabelecido somente um princípio, mas também uma regra. Se a regra não é aplicável independentemente de sopesamentos, então, ela é, enquanto regra, incompleta.

Destarte, as normas de direitos fundamentais terão caráter dúplice, de regra e princípios, quando na sua formulação é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, estará sujeita a sopesamentos. Significa dizer que à primeira vista, uma disposição de direito constitucional pode estar estatuída por meio de uma regra completa (ela é aplicável sem que seja necessário sopesá-la contra outra norma e a ela é possível se subsumir), contendo, pois, um direito irrestingível; entretanto, se no caso concreto, for necessário fixar uma cláusula de restrição que faça explícita referência a princípios e a seu sopesamento, então esta *regra*, na verdade, tem caráter dúplice de regra e princípio.<sup>260</sup> Alexy (2008, p. 144) resume de forma muito clara o seu entendimento:

Compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente. Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo.

Segundo Dantas (2005, p. 73), extrai-se do pensamento de Alexy que uma “[...] norma será princípio ou regra não por qualquer propriedade intrínseca ao seu enunciado lingüístico, mas, pelo modo particular que se apresenta quando em colisão com outras normas”. Complementa o indigitado autor: “Se a norma, ao colidir com outra, cede sempre ou triunfa sempre, será por ter ela nota típica de regra. Mas se o conflito com outras normas ocasiona vitórias e derrotas – segundo as situações concretas – é porque estamos diante de um princípio”.

Ante o exposto, pode inferir-se com Alexy que não é o enunciado normativo ou a disposição de direito fundamental que possui uma dada estrutura, mas sim a norma de direito fundamental, que nada mais é do que o resultado da interpretação da disposição de direito fundamental e que diz respeito à qualidade de regra, de princípio, de mandamento de otimização. Adverte Vale (2009, p. 15) que a tipologia estrutural da norma “varia de acordo com a conformação das condições de aplicação e da conduta deontologicamente determinada

<sup>260</sup> Alexy (2008, p. 142) cita o exemplo da *regra* inscrita na Constituição alemã, com o seguinte teor: “A arte é livre”. Como regra, qualquer intervenção no âmbito artístico é *prima facie* proibida. Entretanto, verifica-se a existência de casos nos quais princípios colidentes têm preferência sobre o princípio da liberdade artística. Dessa forma, em casos concretos, a referida regra inicial, passa a ter o seguinte significado, cuja estrutura passa a ser de uma norma de *caráter principiológico*: “são proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico se tais intervenções não forem necessárias para a satisfação de princípios colidentes que tenham hierarquia constitucional, os quais, devido às circunstâncias do caso, têm primazia em face do princípio da liberdade artística.”

pela norma” e arremata “essa configuração estrutural, portanto, somente pode ser aferida após a interpretação da disposição de direito fundamental”.

Ainda, com fulcro em Vale<sup>261</sup> (2009, p. 16-17), somente nos casos fáceis, “em que o significado das disposições normativas resta claro, fora de dúvidas ou controvérsias interpretativas (zona de certeza)”, logo após a identificação da norma expressada pela disposição de direitos fundamentais, é possível fixar a configuração da norma como regra ou como princípio (em sentido amplo). Entretanto, assinala o autor que, nos casos difíceis, dependentes de uma atividade interpretativa de atribuição de significado à norma quando existem dúvidas referentes a este significado (interpretação em sentido estrito), esta somente poderá ser aferida em um caso concreto, mediante o método ponderativo de aplicação da norma.

Quanto à interpretação das normas de direitos fundamentais que têm correlação com o mínimo existencial, em sua dimensão prestacional, possibilitando-se a fixação do alcance de seu conteúdo, exige-se um processo interpretativo ponderativo no âmbito de um caso concreto, pois as disposições de suas normas, em sua maioria de caráter nitidamente principiológico,<sup>262</sup> contêm significados plurívocos e indeterminados, configurando-se, assim, em *casos difíceis*, eis que elas se assentam basicamente nos direitos sociais e no princípio da dignidade humana constantes da Constituição Federal, cujos conceitos decorrentes apresentam uma abertura semântica.

Por outro lado, é interessante a observação de Alexy (2008, p. 95), no sentido de que se para solucionar uma demanda é deixado de lado um dos princípios inicialmente colidentes, não há que se falar em princípio como *mandamento de otimização*, mas sim como *mandamento de maximização* relativo apenas às possibilidades fáticas. No que tange ao mínimo existencial, pelo menos *a priori*, considerado como necessidades sociais e existenciais básicas, dificilmente haverá outro princípio ou direito fundamental mais relevante ou com um *peso* maior para confrontá-lo. Assim, e dada a ausência de colisão na espécie, a

---

<sup>261</sup> Vale (2009, p. 18) ressalta que é pressuposto para a distinção entre *casos fáceis* e *casos difíceis* a “separação entre situações de isomorfia e de interpretação; textos claros e obscuros; suportes fáticos que claramente estão sob o campo de aplicação da norma e outros em que essa aplicação é controvertida”. E complementa: “a interpretação em sentido estrito ocorre em presença dos chamados casos difíceis, em que são necessárias argumentações a respeito de razões a favor ou contra a atribuição de determinado significado à disposição normativa e sua aplicação ao caso concreto”.

<sup>262</sup> Há poucas normas no texto constitucional das quais podem ser extraídas um direito ao mínimo existencial que têm caráter de regras, como de resto a maioria dos direitos fundamentais, visto que estes expressando valores são imantados sobretudo pela característica principiológica. A título de exemplo, citam-se as seguintes regras: “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiverem acesso na idade própria” (inciso I do art. 208); “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (§ 1º do art. 208); “aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos” (§ 2º do art. 230).

correspondente norma de direito fundamental representativa do mínimo existencial atuará como *mandamento de maximização*. Esta situação é tratada por Alexy como “relações incondicionais de precedência”, ou “relação de precedência abstratas ou absolutas”. Contudo, há que se guardar reservas quanto a essas considerações, eis que para ele não existem princípios absolutos, pois que todos os princípios podem ser sopesados para chegar-se à decisão do caso concreto e cita como exemplo dessa situação o princípio da dignidade humana.<sup>263</sup>

### 3.1.2.2 Lei da ponderação

De seu turno, a lei da ponderação apóia-se no entendimento de que, consoante Alexy (2008, p. 116-120), a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e esta implica aquela. E esta assertiva é extremamente relevante para o presente estudo, pois ela se aplica de forma estrita às normas de direitos fundamentais com caráter de princípios.

Outrossim, quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da já mencionada lei de colisão, o que é feito por meio da utilização das máximas parciais da proporcionalidade que Alexy designa como “fundamentação a partir dos direitos fundamentais”, observado que na colidência entre princípios antagônicos não haverá a exclusão de um deles para que outro se afirme, mas a harmonização<sup>264</sup> e o compromisso balanceado entre eles, para que se alcance o melhor resultado possível. Admite o jurista que outras fundamentações são bem-vindas, desde que se mostrem relevantes, como aquelas que se baseiam no princípio do Estado de Direito, na prática jurisprudencial ou no conceito de

---

<sup>263</sup> Alexy (2008, p. 111-112) adverte que o princípio da dignidade humana não pode ser considerado como absoluto, pois em sua concepção, não existem princípios com esse caráter. A razão da impressão de ser este princípio absoluto deve-se ao fato de a norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra (não se questiona se prevalece sobre outras normas, mas somente se ela foi violada, ou não) e em parte como princípio (que em caso de colidência sempre admite o sopesamento), e também pelo fato de existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, este princípio prevalecerá contra os princípios colidentes.

<sup>264</sup> Esta idéia de *harmonização* conecta-se com a teoria da concordância prática proposta por Hesse. “O princípio da concordância prática ou da harmonização, como consectário lógico do princípio da unidade constitucional, é comumente utilizado para resolver problemas referentes à colisão de direitos fundamentais. De acordo com esse princípio, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso *sub examine*, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos.” (LIMA, 2002).

justiça. Pelo exposto, a lei da ponderação<sup>265</sup> consiste em *compensar* a perda do peso de um princípio com o ganho de outro, sendo que quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro.

Portanto, a máxima da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido amplo), segundo Alexy, é formada por três máximas parciais:<sup>266</sup> a) da adequação; b) da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e c) da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito).<sup>267</sup>

Para a melhor compreensão da máxima da proporcionalidade, primeiramente far-se-á uma exposição teórica para, após, clarificá-la por meio de um exemplo representativo de um caso concreto hipotético correlacionado ao mínimo existencial.

Dessa feita, para o entendimento e a aplicação prática da máxima da proporcionalidade, Alexy (2008, p. 119-120) explicita, a partir de um modelo simples, a aplicação de cada uma das máximas parciais e considera para tanto: existência de dois princípios ( $P_1$  e  $P_2$ ) e de dois sujeitos de direito (Estado/cidadão), sendo que o Estado fundamenta a persecução do objetivo  $Z$  com base no princípio  $P_1$  (ou  $Z$  é simplesmente idêntico a  $P_1$ ), havendo pelo menos duas medidas,  $M_1$  e  $M_2$ , para realizar ou fomentar  $Z$ , e ambas são igualmente *adequadas*. Assim:

a) Análise sobre o prisma da máxima da necessidade:<sup>268</sup>  $M_2$  afeta menos intensamente que  $M_1$  – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio –  $P_2$  – exige. Sob essas condições, para  $P_1$  é

<sup>265</sup> Moreira Neto (2008a, p. 92) expõe de forma extremamente clara a aplicação do método da ponderação: a) fase da identificação: visando à definição de qual ou de quais os princípios colidentes sobre a hipótese considerada; b) fase da valoração: pela qual se vai definir qual a prevalência em tese, e em que grau, de um princípio sobre o outro; e c) fase da avaliação do menor prejuízo: pela qual se vai decidir pela prevalência, na hipótese considerada, do princípio que, em tese, seria o mais sacrificado. De seu turno, Leivas (2002, pp. 49-50) divide a lei da ponderação em três passos distintos: a) primeiro passo: determinação do grau da não-realização ou prejuízo de um princípio, isto é, quando se trata da dimensão da defesa, a intensidade da intervenção; b) segundo passo: comprovação da importância da realização do princípio em sentido contrário; c) terceiro passo: comprovação se a importância da realização do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo da não-realização do outro. Acrescenta o indigitado autor que “[...] para fundamentar uma decisão em favor de um princípio em detrimento de outro, impõe-se estabelecer escalas de intensidade de intervenção e graus de importância. Essas escalas deixam-se graduar nos graus leve, médio e grave.”

<sup>266</sup> Esclarece Alexy (2008, p. 118) que “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das *possibilidades jurídicas*. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das *possibilidades fáticas*” (Grifou-se).

<sup>267</sup> De forma bem sintética, assim podem ser descritas as máximas parciais da proporcionalidade: a) adequação: o meio deverá ser considerado adequado se for apto a fomentar o objetivo pretendido; b) necessidade: um meio não é necessário se existe um meio mais ameno, menos interventor; c) proporcionalidade em sentido estrito: deve haver uma correspondência juridicamente adequada entre o fim a ser alcançado e o meio escolhido. Ademais, as máximas parciais devem ser utilizadas de forma sucessiva e subsidiária, observado que a seguinte somente será utilizada se a anterior não for capaz de solucionar o problema da colisão existente.

<sup>268</sup> Ela exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso. Significa dizer que há vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais.

indiferente se se escolhe  $M_1$  ou  $M_2$ . Nesse sentido,  $P_1$  não exige que se escolha  $M_1$  em vez de  $M_2$ , nem que se escolha  $M_2$  em vez de  $M_1$ . Para  $P_2$ , no entanto, a escolha entre  $M_1$  e  $M_2$  não é indiferente. Na qualidade de princípio,  $P_2$  exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas,  $P_2$  pode ser realizado em maior medida se se escolhe  $M_2$  em vez de  $M_1$ . Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição de que tanto  $P_1$  quanto  $P_2$  sejam válidos, apenas  $M_2$  é permitida e  $M_1$  é proibida.

b) Análise sob o prisma da máxima da proporcionalidade em sentido estrito: caso até mesmo o meio menos gravoso afete a realização de  $P_2$ , ao exame da necessidade deve seguir-se sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento.<sup>269</sup> Assim, se tanto  $M_1$  quanto  $M_2$  embaraçam a realização de  $P_2$  – o que é sempre o caso quando há motivo para um exame da necessidade – e  $M_2$  o faz em menor escala que  $M_1$ , então  $M_1$  e  $M_2$  não esgotam o campo das possibilidades fáticas para a realização de  $P_2$ , nem mesmo se se parte da suposição de que  $M_1$  e  $M_2$  sejam as únicas medidas adequadas para a realização do objetivo  $Z$ , exigido pelo princípio  $P_1$ . Do ponto de vista das possibilidades fáticas, uma ainda maior realização de  $P_2$  é alcançada se nem  $M_1$  nem  $M_2$  são levadas a cabo. O exame da necessidade permite apenas privilegiar  $M_2$  em face de  $M_1$ . Que uma das alternativas tenha que ser escolhida não é, no entanto, uma questão de possibilidades fáticas, isto é, não é uma questão para o exame da necessidade, mas uma questão de possibilidades jurídicas, ou seja, uma questão de sopesamento entre  $P_1$  e  $P_2$  (proporcionalidade em sentido estrito).

c) Análise sob o prisma da máxima da adequação:<sup>270</sup> a dedução do exame da adequação, em face do que foi exposto, não constitui um problema. Se  $M_1$  não é adequada para o fomento ou a realização do objetivo  $Z$  – que ou é requerido por  $P_1$  ou é idêntico a ele – então,  $M_1$  não é exigida por  $P_1$ . Para  $P_1$  é, portanto, indiferente se se adota a medida  $M_1$ , ou não. Se, sob essas condições,  $M_1$  afeta negativamente a realização de  $P_2$ , então a adoção de  $M_1$  é vedada por  $P_2$  sob o aspecto de otimização em relação às possibilidades fáticas.

<sup>269</sup> Contra a idéia de sopesamento adverte Alexy (2008, p. 163-179) que muitas vezes é levantada a objeção de que não é um modelo aberto a um controle racional e que abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes. Esclarece Alexy, todavia, que tais objeções seriam procedentes se com elas se quisesse dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Mas elas não seriam procedentes quando daí se conclui que o sopesamento representa um procedimento não-racional ou irracional. A *contrario sensu*, infere-se que o sopesamento é um procedimento racional, pois o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Como exemplos de fundamentação de um enunciado Alexy traz a lume as seguintes sugestões: vontade do constituinte, conseqüências negativas de uma fixação alternativa das preferências, consensos dogmáticos, decisões passadas, demais cânones da interpretação e argumentos dogmáticos, precedentes, argumentos práticos e empíricos em geral, além de formas específicas de argumentação jurídica.

<sup>270</sup> Critério negativo que exclui algumas coisas, mas não determina tudo.

Consoante o expendido, partindo-se do pressuposto de que as normas constitucionais correlacionadas ao mínimo existencial têm em sua maioria caráter de princípios e, nesse sentido, são direitos *prima facie* que exigem a otimização de seus conteúdos considerando as possibilidades fáticas (por exemplo, a existência de recursos financeiros disponíveis) e jurídicas (por exemplo, princípios materiais colidentes), transpõe-se esse modelo teórico de Alexy, acima descrito, para um exemplo hipotético que possui conexão com o mínimo existencial:

a) Descrição do caso concreto:<sup>271</sup> o pai de uma criança de 4 (quatro) anos, hipossuficiente, pleiteia, há alguns meses, na rede pública de saúde ou junto a hospitais conveniados com o SUS – Sistema Único de Saúde, a correção cirúrgica de uma patologia congênita conhecida como intersexo (genitália ambígua).<sup>272</sup> A criança foi consultada e foram feitos os exames necessários. Entretanto, em que pese a não-realização da cirurgia não colocar em risco a vida da criança, o médico informou que o procedimento, a ser realizado em várias etapas, é necessário para que a criança tenha uma melhor qualidade de vida, inclusive evitando-se graves transtornos psicológicos/psiquiátricos. Assim, caso a cirurgia não seja realizada muito em breve, o seu resultado pode ficar comprometido, podendo afetar todo o futuro da criança. Alega o médico, ainda, que o pós-cirúrgico exige a internação em U.T.I. – Unidade de Terapia Intensiva, para o melhor acompanhamento do paciente. Contudo, a cirurgia ainda não foi realizada, pois as vagas em U.T.I. são escassas em relação à demanda e estas são conferidas preferencialmente às cirurgias de emergência onde há um risco real e iminente para a vida dos pacientes.

b) Dados do caso concreto: mediante a apresentação de uma *ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela*,<sup>273</sup> em desfavor do Estado o pai solicita perante o Judiciário uma vaga em U.T.I., a fim de que seu filho possa se submeter à cirurgia requerida e fundamenta o seu pedido no princípio da dignidade humana (P<sub>1</sub>), porque, apesar de a vida de seu filho não correr risco, a cirurgia será capaz de viabilizar-lhe uma melhor qualidade de vida, evitando-se, inclusive, futuros transtornos psicológicos/psiquiátricos. O Estado contrapõe ao pedido do autor, em breve síntese, as seguintes razões: malferimento ao princípio da competência orçamentária (P<sub>2</sub>), pois o pedido irá requerer dispêndio de recursos públicos e este somente pode ser efetuado desde que haja prévia autorização orçamentária,

<sup>271</sup> Deve-se esse exemplo a André Luiz Batista da Costa, cirurgião pediátrico.

<sup>272</sup> Intersexo ou genitália ambígua “é o distúrbio da diferenciação sexual que resulta em genitália ambígua. Tais anormalidades podem originar-se de distúrbios cromossômicos, mal desenvolvimento gonadal ou distúrbios na produção ou na atividade de certos hormônios” (SALLE; JEDNAK, 2008, p. 607).

<sup>273</sup> Via de regra o órgão do Ministério Público utiliza-se, em situações de igual teor, da ação civil pública com pedido de antecipação de tutela.

cujas competências legislativas pertencem aos Poderes Executivo e Legislativo; lesão ao princípio democrático (P<sub>3</sub>), visto que o aumento de vagas em U.T.I. depende do planejamento e da implementação de políticas públicas, as quais, igualmente, são da competência dos Poderes eleitos para tanto, o Legislativo e o Executivo. De conseguinte, pondera o Estado que, por todo o exposto, o pedido do autor, ao solicitar uma providência do Judiciário, se este a concretizar estará usurpando as funções do Executivo e Legislativo, afrontando assim o princípio da separação de poderes (P<sub>4</sub>).

c) Utilização das máximas da proporcionalidade: o juiz tem as seguintes variáveis para a solução do caso:

c.1) Objetivo (Z): disponibilização de uma vaga em U.T.I., a fim de que a criança possa ser submetida ao procedimento cirúrgico;

c.2) Colisão dos princípios:<sup>274</sup> de um lado, o princípio da dignidade humana (P<sub>1</sub>), de outro, o princípio da competência orçamentária, (P<sub>2</sub>), o princípio democrático (P<sub>3</sub>) e da separação de poderes (P<sub>4</sub>);

c.3) Medidas *adequadas* para o alcance do objetivo Z:

M<sub>1</sub> = criação/disponibilização de uma vaga em hospital público ou hospital particular conveniado com o SUS;

M<sub>2</sub> = utilização de uma vaga em hospital particular às expensas do Estado, ou seja, devendo correr as despesas respectivas à conta dos recursos orçamentários consignados ao SUS, mediante a apresentação dos comprovantes de despesa.

c.4) *Necessidade*: Deve-se escolher a medida que seja adequada na persecução do objetivo Z e que menos afete o (s) princípio (s) antagônico (s). Como no caso exposto as medidas M<sub>1</sub> e M<sub>2</sub> afetam igualmente os princípios P<sub>2</sub>, P<sub>3</sub> e P<sub>4</sub>, vez que ambas criam despesa e interferem, ao menos em tese, nos princípios democrático e da separação de poderes, então é indiferente que se escolha M<sub>1</sub> ou M<sub>2</sub>;

c.5) *Proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento)*: qual interesse deve ceder, levando-se em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais?

c.5.1) Condições (C) = enunciado de preferência = pressupostos do suporte fático de uma regra = se a disponibilização de vaga em U.T.I. para que uma criança seja submetida a

<sup>274</sup> Não existe uma regra genérica disposta sobre a obrigação do Estado de disponibilizar vagas em U.T.I.

uma cirurgia que, ainda que não seja indispensável para a manutenção de sua vida, proporcionará melhores condições de vida, a sua não-realização afeta os direitos fundamentais da criança, ainda que gere despesa ao Estado, ou interfira nos princípios democrático e da separação de poderes.

c.5.2) Argumentos válidos para sustentar a procedência do pedido:<sup>275</sup> a) O art. 196 da CF conferiu à saúde um lugar de destaque, considerando-a como um autêntico direito fundamental, observado que “qualificar um dado direito como fundamental não significa apenas atribuir-lhe importância meramente retórica, destituída de qualquer consequência jurídica. Pelo contrário, a constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas daí advindas, sobretudo no que se refere à sua efetividade, aqui considerada como a materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (JUSBRASIL, 2003);<sup>276</sup> b) a reserva de competência orçamentária não é um princípio absoluto, que de resto nenhum princípio o é, tendo em vista que sob certas condições, que no caso são plenamente justificáveis, os direitos fundamentais podem ter mais peso e relevância que razões de ordem político financeira. Ademais, a falta de vagas em UTI’s para os usuários do SUS, que geralmente são pessoas pobres e sem recursos, deixa-os sem qualquer alternativa, denotando a ineficiência da administração pública na prestação de um serviço público de caráter essencial; c) o princípio democrático: Alexy (2008) entende que os direitos fundamentais são posições, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que seu outorgamento ou não outorgamento não pode ficar ao alvedrio da simples maioria parlamentar. Se os poderes legitimados democraticamente pela eleição omitem-se ou prestam de forma insuficiente os serviços correlacionados aos direitos fundamentais é dever do Judiciário fazer valer, no conflito de interesses, a vontade concreta da lei e da Constituição; d) o princípio da separação de poderes, consoante dispõe o art. 2º da CF, exige uma cooperação entre os poderes no exercício de suas funções, com o intuito final de promover a dignidade da pessoa humana por intermédio da satisfação dos direitos fundamentais. Destarte, caberá ao Judiciário a efetivação de um direito fundamental social quando haja omissão ou

---

<sup>275</sup> O modelo de sopesamento proposto por Alexy baseia-se na teoria dos princípios (de caráter estrutural) e vincula a estrutura formal de sopesamento a uma teoria da argumentação jurídica.

<sup>276</sup> Parte da sentença proferida pelo juiz federal George Marmelstein Lima, da 4ª Vara de Fortaleza (CE), Ação Pública, no processo n. 2003.81.00.009206-7 que, ao acolher pedido do Ministério Público Federal, determinou que a prefeitura de Fortaleza transferisse, imediatamente, todos os pacientes do SUS que se encontrassem ou viessem a precisar de tratamento em Unidades de Terapia Intensiva para hospitais públicos ou particulares que tivessem UTI’s em condições de atendê-los.

prestação insuficiente por parte dos outros poderes, inclusive para preservar a força normativa da ordem constitucional.

c.5.3) As condições que levam a uma Regra (R), a qual o caso pode ser subsumido = a vaga deve ser concedida. E como as M1 e M2 podem ser escolhidas indiferentemente, pois os meios são igualmente eficazes, atingem os princípios colidentes em igual medida e possuem a mesma intensidade de assistência,<sup>277</sup> pode a decisão abarcar as duas alternativas, cabendo ao Estado a escolha daquela que lhe for mais oportuna e conveniente.

### 3.1.2.2.1 Proibição da não-suficiência

Leivas com amparo em Borowski (2006, p. 76) ensina que do caráter principiológico dos direitos fundamentais segue o preceito da proporcionalidade e este é aplicável tanto para obrigações de omissão estatal como também para obrigações de ação positivas. Complementa o autor que o preceito da proporcionalidade relativamente aos direitos de defesa, para cuja *applicatio* não há maiores controvérsias, é aplicado no sentido da proibição do excesso. Quanto às obrigações de ações estatais surgiu recentemente na Alemanha o conceito da proibição da não-suficiência.<sup>278</sup> Explicita-se melhor este conceito, nos seguintes termos:

A proibição da não-suficiência exige que o legislador [e também o administrador], se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos. O Estado, portanto, é limitado de um lado, por meio dos limites superiores da proibição do excesso, e de outro, por meio de limites inferiores da proibição da não-suficiência.

Tal qual ocorre na proibição do excesso, a proibição da não-suficiência é dividida em três máximas parciais, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que contém as mesmas significações descritas no item precedente.<sup>279</sup>

<sup>277</sup> Ver Nota de Rodapé n. 279.

<sup>278</sup> Informa Freire (2007, p. 6) que “o conceito da proibição da não-suficiência (*untermaßverbot*) surge na quadra mais recente da teoria constitucional alemã. É empregado pela primeira vez por Canaris, em artigo intitulado *Grundrechte und Privatrechte*, redigido em 1984, sendo posteriormente revisto e ampliado, dando corpo à obra homônima mais densa que, sob a curadoria de Sarlet e Mota Pinto, recentemente foi traduzida para o vernáculo sob o título ‘Direitos fundamentais e direito privado’”.

<sup>279</sup> Ressalta-se, contudo, em relação aos direitos fundamentais a ações positivas que, após aplicados os três níveis da proporcionalidade em sentido amplo podem surgir vários meios que satisfaçam os requisitos requeridos. Entrementes, se vários meios são proporcionais em sentido amplo, ou seja, são adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito, surgem as seguintes possibilidades: a) o Estado tem a livre escolha do meio; b) aplicam-se outros critérios de escolha. Reconhecer que o Estado tem a livre escolha do meio pode significar a aceitação de que os meios com menos intensidade de assistência sejam escolhidos, o que contradiz ao que determina o mandado de otimização ordenado pelos princípios jusfundamentais. Assim, esta opção deve ser afastada para a adoção dos seguintes critérios de escolha: a) maximização da intensidade de

Observa-se, pelos articulados de Streck (2005b), Sarlet (2005) e Gomes (2009), que o princípio, também denominado de proibição de proteção deficiente, tem sido utilizado notadamente no campo do direito penal, em que pese o princípio da legalidade estrita ser uma grande barreira à sua aplicação nesta seara.<sup>280</sup> Todavia, Gomes admite ser o princípio bastante apropriado para o âmbito dos direitos sociais.

Face ao exposto, infere-se que a proibição da não-suficiência ou proibição de proteção deficiente consiste, quanto ao direito ao mínimo existencial e, portanto, no âmbito da atuação fática positiva, na demarcação do *marco zero*, abaixo do qual o Estado, salvo impossibilidade absoluta, não pode se negar a atuar de forma positiva.

Nesse sentido, o *marco zero* condiz com as condições necessárias para uma qualidade minimamente digna. Para este estudo, outrossim, este marco zero representa o ponto de partida para a fixação do alcance em uma decisão judicial de um direito definitivo ao mínimo existencial em que é buscada a sua otimização, ou seja, a ampliação de seu alcance na maior medida possível, respeitando-se as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

### 3.1.2.3 Síntese da teoria alexyana

Em linhas gerais, conclui-se que Alexy constrói uma teoria jurídica dos direitos fundamentais embasada sobretudo na distinção qualitativa das normas constitucionais em regras e princípios, observado que – em relação a esses últimos, os quais têm correlação com a efetividade do mínimo existencial – são comandos de otimização, cuja aplicação depende das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. A idéia principal de sua teoria fulcra na colisão entre os princípios e na necessidade de sua ponderação.

Barcellos (2007a, p. 126) assinala que, quando princípios entram em colisão entre si, por meio de um processo argumentativo racional, será estabelecido qual deve ter a

---

assistência; b) maximização da proporção entre intensidade de assistência e intensidade de prejuízo (LEIVAS, 2002, p. 79-80).

<sup>280</sup> No RE n. 418.376, em voto de vista, o Ministro Gilmar Mendes cuidou do princípio da proibição de proteção deficiente para fazer incidir o direito penal num caso em que se buscava extinguir a punibilidade de agente condenado por atentado violento ao pudor praticado contra uma menina de oito anos, de quem abusou por quatro anos e que, aos doze, engravidou, iniciando, com o seu agressor, uma união *estável*. O relator, Ministro Marco Aurélio, votou pela extinção da punibilidade do agente. Do voto do Ministro Gilmar Mendes, extrai-se o seguinte: “Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantia da proteção de um direito fundamental.” (RE n. 418376 – MS. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento de 09/02/2006, DJ 23/03/2007).

preferência sobre o outro no caso concreto. Complementa “esta preferência, entretanto, não é simples, mas ponderada. Isso porque, mesmo depois de determinado qual o princípio que deve prevalecer, das medidas capazes de realizá-lo, deverá ser escolhida aquela que cause menor prejuízo aos demais princípios não escolhidos”. Dessa forma, dois são os momentos da ponderação, destacado que, realizado o princípio definido como prevalente, não sejam desprezados totalmente os demais, otimizando-os em alguma medida.

Com efeito, reputando o princípio como uma norma de caráter *prima facie* que, mediante a ponderação, é transformado, para aquele caso, em uma regra, biunívoca e diretamente aplicável, ou seja, em um direito definitivo. Em outros termos, pode dizer-se que pela ponderação se extrai da norma principiológica o seu conteúdo ou alcance, que, transformado em regra, torna-se diretamente sindicável pelo Judiciário, independentemente da intermediação do Legislativo ou do Executivo.

### 3.1.3 Teoria construtiva e teoria dos princípios: complementaridade ou alternatividade?

Considerando que o direito ao mínimo existencial é dedutível de normas constitucionais de natureza principiológica, com o objetivo de conferir efetividade a essas normas é imperioso que se adotem métodos interpretativos de índole neoconstitucionalista que atribuam força normativa aos princípios.

Nesse diapasão, constata-se que a teoria construtiva de Dworkin e a teoria dos princípios de Alexy, cujos métodos interpretativos são de caráter neoconstitucionalista, mostram-se como instrumentos competentes para conferir efetividade ao mínimo existencial, pois ambos buscam, no caso concreto e cada qual a seu modo, senão a resposta correta, as melhores respostas, como resultado da potencialização dessa efetividade.

Inobstante a convicção da eficiência e eficácia de tais métodos para maximizar a efetividade do mínimo existencial, em que pese todas as críticas de que possam ser alvos, permanece uma questão relevante que está a exigir uma resposta, inclusive a fim de que o *modelo maximizador da efetividade do mínimo existencial* possa ser elaborado em consonância com essa resposta: a teoria construtiva de Dworkin e a teoria dos princípios de Alexy são métodos interpretativos que se encontram em concordância ou em contraposição entre si? Podem eles ser utilizados de forma simultânea, um complementando o outro, ou, em face das diferenças existentes, devem ser usados de maneira alternativa?

Pedron (2005) sustenta, com o auxílio de Habermas, que a partir das leituras acerca da teoria de Dworkin e da teoria de Alexy não se pode vislumbrar uma concordância, mas antes uma contraposição. Sem adentrar nos meandros da crítica dirigida por Habermas<sup>281</sup> às teorias sob exame, eis que extrapolaria os propósitos deste estudo, o autor explicita a sua posição detectando, inicialmente, a desigualdade de critérios utilizados pelos jusfilósofos para diferenciar as regras dos princípios. Dworkin parte do critério lógico-argumentativo (opera-se no plano concreto, em face da argumentação produzida pelos sujeitos participantes do processo),<sup>282</sup> mantendo sempre a natureza deontológica (o que é devido) dos princípios, enquanto Alexy faz a distinção a partir de critérios morfológicos ou estruturais (opera-se no plano abstrato, *a priori*), considerando os princípios do ponto de vista axiológico (o que é bom), resultando, pois em uma valoração quando da aplicação de seu método ponderativo em razão do entendimento dos princípios como comandos *otimizáveis*.

Com efeito, para Dworkin, diferentemente de Alexy, tanto os princípios quanto as regras devem necessariamente ser entendidos como normas, jamais como valores e, assim, “ao conceber o Direito como uma ordem de princípios, Dworkin afasta terminantemente a tese de Alexy ao repousar tal concepção como uma ordem concreta de valores” (SILVEIRA, 2006).

De outra parte, a compreensão do *direito como integridade* de Dworkin, no âmbito do qual se desenvolve a teoria construtiva, não autoriza que a atividade jurisdicional, ao contrário da teoria dos princípios, objetive um mecanismo de ponderação ou de balanceamento de princípios para se chegar à resposta correta, porém fixa que esta atividade esteja fundamentada por um “[...] sentido que permita a coexistência de diversos princípios – próprio de uma sociedade plural e complexa como a contemporânea –, sem que se perca, em contrapartida a ‘certeza’ do Direito, correspondente aos sentidos de segurança da ordem jurídica e de efetivação da justiça” (SILVEIRA, 2006).

Demais disso, Dworkin ao considerar a natureza deontológica dos princípios integra-os na relação dúplice própria do direito consistente no binômio validade-invalidade, que conduz à adequação-inadequação, buscando, de conseguinte, chegar à resposta correta.

---

<sup>281</sup> Em linhas bem gerais, Habermas *apud* Pedron (2006, p.76) defende que apenas uma concepção normativa (deontológica), tal como propugnado por Dworkin, é capaz de “satisfatoriamente apresentar respostas à solução de controvérsias práticas, porque, no procedimento de justificação de normas, acontece um discurso argumentativo, pautado em pretensões de validade que retiram os falantes do contexto em que se encontram enraizados, de modo que posições e preferências pessoais sejam analisadas e criticadas a partir de uma perspectiva intersubjetiva abrangente. Em contrapartida, a utilização de concepções axiológicas parece funcionar de maneira diversa, como uma referência externa aos sujeitos participantes do discurso jurídico.”

<sup>282</sup> A ponderação em Dworkin foca-se não nos direitos, qual deve prevalecer em detrimento do outro, mas “atém-se aos argumentos, revelando qual o melhor caminho para se decidir o caso concreto sem que haja prejuízo para ambas as partes litigantes” (SILVEIRA, 2006).

De seu turno, Alexy, ao partir da natureza axiológica dos princípios, muda a forma das decisões para o código gradual bom-melhor, sempre condicionado a determinada cultura, para chegar à resposta preferível ou otimizável e não à única correta. (PEDRON, 2005, p. 75-77).

Grosso modo, infere-se que a teoria construtiva tem característica macrossistêmica, eis que sua preocupação volta-se para a comunidade como um todo, objetivando a concordância dessa comunidade sobre as práticas jurídicas, eis que estas devem se adequar às práticas sociais.

A teoria dos princípios, por outro lado, qualifica-se mais por sua especificidade, restringindo-se o seu alcance aos casos concretos, não promovendo interações maiores com a comunidade em busca de um consenso social.

Face ao exposto, apesar de ambas as teorias estarem alinhadas ao eixo central do neoconstitucionalismo, possuem elas diferenciações relevantes que as tornam contraditórias entre si. Desta feita, conclui-se que não há como a teoria construtiva de Dworkin e a teoria dos princípios de Alexy serem aplicadas simultaneamente, porém devem estas ser utilizadas de forma alternada, em função das particularidades do caso concreto, detectadas a partir da análise das características de cada qual delas.

Não se pode descurar, todavia, que simultaneamente às teorias de Dworkin e Alexy podem ser utilizados, a título complementar, as técnicas interpretativas clássicas (gramatical; histórica; sistemática e teleológica), bem como os princípios de interpretação constitucional (princípio da unidade da constituição; princípio do efeito integrador; princípio da conformidade funcional; princípio da concordância prática e princípio da força normativa da constituição).

### 3.2 Jurisdição Constitucional

Consoante esclarece Sampaio (2002, p. 21-22), a função jurisdicional, quanto à matéria, classifica-se como jurisdição ordinária e jurisdição constitucional. Interessa para o presente estudo a jurisdição constitucional.<sup>283</sup>

---

<sup>283</sup> É de Barroso (2005, p. 43) a informação de que “[...] a jurisdição constitucional legitimou-se, historicamente, pelo inestimável serviço prestado às duas idéias centrais que se fundiram para criar o moderno Estado democrático de direito: constitucionalismo (i.e., poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular e governo da maioria). O papel da corte constitucional é assegurar que todos estes elementos convivam em harmonia, cabendo-lhe, ademais, a atribuição delicada de estancar a vontade da maioria quanto atropela o procedimento democrático ou vulnera direitos fundamentais da minoria”.

Conciliando os critérios formal e material utilizados por outros doutrinadores, Sampaio (2002, p. 23) identifica a jurisdição constitucional com:

uma garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, de controle da atividade do poder do ponto de vista da Constituição, com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais.

Mendes (2004, p. 7) relaciona a jurisdição constitucional com “a idéia de uma jurisdição estatal para defesa da Constituição”. Não sendo ocioso destacar, ainda, que a jurisdição constitucional no Brasil é exercida amplamente, alcançando desde o juízo de primeiro grau até o Supremo Tribunal Federal, todos com a incumbência de interpretar a Constituição (BARROSO, 2005, p. 20).

Canotilho (2003, p. 891) esclarece que a noção de controle da constituição que se vincula à jurisdição constitucional anda geralmente associada a um pensamento negativo, ou seja:

o juiz ordinário controla a constitucionalidade dos actos normativos, *desaplicando* as normas eventualmente não conformes com a constituição; o Tribunal Constitucional ‘controla’ a legitimidade constitucional, *anulando* os actos legislativos contrários à lei fundamental. (Grifos do autor).

Destaca o jurista, entretanto, que não se pode deixar de reconhecer que o aludido controle também é uma tarefa positiva de “concretização e desenvolvimento do direito constitucional”. Cita como exemplo a obrigatoriedade dos tribunais em concretizar as normas consagradoras de fins e tarefas (normas programáticas) e de direitos, liberdades e garantias (normas veiculadoras de direitos e garantias fundamentais).

Demais disso, Canotilho (2003, p. 895), conforme a classificação funcional da jurisdição constitucional, elenca os seus principais domínios típicos: a) litígios constitucionais, envolvendo os órgãos supremos do Estado; b) litígios emergentes da separação vertical (territorial) de órgãos constitucionais; c) controle de constitucionalidade das leis e, eventualmente, de outros atos normativos; d) proteção autônoma dos direitos fundamentais; e) controle da regularidade de formação dos órgãos constitucionais e de outras formas importantes de expressão política; f) intervenção nos processos de apuração de responsabilidade constitucional, incluindo-se a defesa da constituição contra crimes de responsabilidade.

Por sua vez, Guerra Filho (2005, p. 2) esclarece que a jurisdição constitucional trata da tutela da ordem jurídico-constitucional objetiva, referindo-se ao exercício do controle de constitucionalidade e, também, da proteção da ordem jurídica fundamental subjetiva, em

cuja esfera jurídica se situam as situações jurídicas subjetivas derivadas dos direitos e garantias fundamentais consagrados constitucionalmente.

Neste trabalho, interessa a parte da jurisdição constitucional que tutela os direitos fundamentais, privilegiando-se, sobretudo, a ótica da ordem jurídica fundamental subjetiva, sem descuidar de alguns instrumentos de controle de constitucionalidade. Sob essa perspectiva, a defesa da constituição pressupõe a existência de garantias da constituição (que não se confundem com garantias constitucionais),<sup>284</sup> isto é, “meios e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental” (CANOTILHO, 2003, p. 887-888).

Dessa forma, são expostos os instrumentos processuais que visam a tutelar e conferir efetividade aos direitos sociais de cunho prestacional, os quais tocam mais de perto ao mínimo existencial. Antes, porém, algumas questões preliminares são abordadas para a melhor compreensão do assunto, as quais têm conexão com a jurisdição constitucional e com o tema principal deste estudo, que é a efetividade do mínimo existencial pelo Poder Judiciário. São, assim, analisados o conceito de efetividade e o conteúdo da dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

### 3.2.1 Conceito de efetividade

Consoante disposto na introdução deste trabalho, a efetividade do mínimo existencial será buscada em duplo aspecto: a) como objetivo genérico *a priori*:<sup>285</sup> perscrutando a sindicabilidade ou justicialidade do mínimo existencial, por meio da análise de suas normas se consubstanciadoras ou não de direitos subjetivos públicos; b) como objetivo específico *a posteriori*:<sup>286</sup> perscrutando a delimitação do alcance do mínimo existencial no âmbito de uma decisão judicial, tendo sempre em foco os métodos interpretativos que lhe maximizem a efetividade.

Nesse sentido, mostra-se relevante fixar o significado e o alcance da expressão *efetividade*<sup>287</sup>. Quando se cuidou, no item 2.2.2 do atributo da aplicabilidade imediata das

---

<sup>284</sup> As garantias constitucionais referem-se ao “direito de os cidadãos exigirem dos poderes públicos a proteção dos seus direitos e o reconhecimento e consagração dos meios processuais adequados a essa finalidade” (CANOTILHO, 2003, p. 888).

<sup>285</sup> Extra e intra processo judicial, neste último caso, evitando-se a prolação de uma decisão terminativa por impossibilidade jurídica do pedido (CPC, art. 267, VI).

<sup>286</sup> Na fase de julgamento de um processo judicial, no âmbito de uma decisão definitiva (sentença ou acórdão).

<sup>287</sup> Adverte Sarlet (2007, p. 245) que as expressões ligadas às características das normas, como: “existência”, “vigência”, “eficácia”, “validade”, “legitimidade” e “efetividade” não têm encontrado consenso na doutrina

normas veiculadoras de direitos e garantias fundamentais, consoante estatui o § 1º do art. 5º, da CF, adiantou-se, com fulcro em Silva (1999, p. 60; 66), que a aplicabilidade tem conexão direta com a eficácia, no sentido de que esta, dispondo de todos os requisitos para sua aplicabilidade aos casos concretos, estará apta a produzir efeitos jurídicos (eficácia jurídica), independentemente de regulamentação legislativa. Com efeito, para o autor a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, ou seja, com a possibilidade de sua aplicação jurídica. De outra parte, a efetividade refere-se ao alcance dos objetivos previstos na norma. Relaciona-se esta última com o produto final objetivado pela norma consubstanciado no controle social pretendido (eficácia social). Conclui o jurista que “uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, poder gerar certos efeitos jurídicos [...], e não ser efetivamente cumprida no plano social”.

De igual forma, subdivide Sarlet (2007, p. 247-249; 251) a eficácia, em jurídica e social, identificando esta à efetividade. Refere-se o jurista em relação à eficácia jurídica da norma como a “ante-sala de sua efetivação”. Em outros termos, significa dizer que a eficácia jurídica constitui pressuposto da efetividade. Com clareza lapidar, o autor assim define as mencionadas categorias:

[...] a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.

De seu turno, Barroso (2001, p. 85) conceitua a efetividade como “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social” (Grifos do autor).

Bonavides (2006, p. 636), invocando a doutrina de Friedrich Müller, realça a premência da efetividade das normas constitucionais, conforme se segue:

Considerada em nível abstrato, a normatividade do texto é, num primeiro momento, a potencialidade da eficácia; não é ainda a eficácia propriamente dita. Esta só ocorre, e deixa de ser uma possibilidade quando o texto normativo se vincula ao caso constitucional, isto é, ao problema que se coloca perante a Constituição em busca de

---

nas searas terminológica e conceitual. Neste tópico, busca-se apenas estabelecer as noções gerais daquelas categorias que interessam para o presente estudo. Em linhas gerais, pode fixar-se: a) existência (considerada como a presença dos elementos constitutivos, agente, forma e objeto do ato normativo e que configuram seus pressupostos materiais de incidência); b) vigência (consiste na qualidade da norma que a faz existir juridicamente, após regular promulgação e publicação, tornando-a de observância obrigatória. Constitui-se em pressuposto da eficácia, pois somente a norma vigente pode vir a ser eficaz); c) validade (considerada em conformidade com os requisitos estabelecidos pelo ordenamento no que concerne à produção da norma); d) legitimidade (considerada a conformação do conteúdo da norma com os princípios da justiça e com aqueles que orientam a sua aplicação no sistema normativo em que se insere).

solução; em outras palavras, quando se incorpora ao processo de concretização nos moldes pragmáticos que vão, segundo Müller, em sua teoria estruturante do direito, da norma-texto à norma decisória.

Merece menção o escólio de Carvalho Filho (2004, p. 305), no sentido de que a ausência de efetividade da norma constitucional – sem que esteja preparada e dotada de eficácia suficiente para regular as situações concretas existentes na sociedade –, “[...] é pouco mais que um nada jurídico”.

Bilhalva (2005, p. 23-24), em referência às lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Tércio Sampaio Ferraz Filho, traz a lume a lição de que “em se cuidando de efetividade no sentido pragmático, importante seria a relação metacomplementar, ou seja, as condições de aplicabilidade (do ângulo do juiz), exigibilidade (do ângulo do titular do direito) e executoriedade da norma (do ângulo do administrador)”.

Pelo exposto, constata-se que a efetividade das normas, referindo-se ao “ser da realidade social”, relaciona-se de forma direta com a justicialidade dos direitos veiculados por meio dessas normas, os quais, neste estudo, são os direitos fundamentais de cunho prestacional. Destarte, verifica-se que, tal qual a atividade jurisdicional (jurisdição)<sup>288</sup> que significa “dizer o direito no caso concreto”, a efetividade representa a realizabilidade do direito no mundo fático, real.

Nessa senda, é possível aquilatar a relevância em conferir efetividade ao mínimo existencial, viabilizando-se vida condigna a todos mediante a melhoria das condições gerais de vida e de bem-estar, principalmente em um país como o Brasil onde há grande desigualdade social. Vislumbra-se que a efetividade do mínimo existencial possa ser a ponte capaz de aproximar ricos e pobres, ligando duas realidades extremamente díspares, haja vista que o fosso atualmente existente tem se revelado intransponível. Nem tanto pela carência de recursos disponíveis; talvez mais pela falta de vontade política.

### 3.2.2 Dimensões dos Direitos Fundamentais

Não é incomum iniciar o estudo de um instituto ou categoria jurídica assinalando aquilo a que o assunto não se refere. Por isso, pode dizer-se que o presente tema não cuida da dimensão ou geração de direitos mencionada no Capítulo I. Quanto à dimensão negativa (direito de defesa do indivíduo contra o Estado, consistente em uma abstenção ou *non facere*)

---

<sup>288</sup> Chiovenda *apud* Câmara (2006, p. 68) assim define jurisdição “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.

e positiva (direito à prestação a ação fática ou normativa do indivíduo contra o Estado, consistente em um *facere*) analisada no Capítulo II, registre-se que cuidam da dimensão subjetiva ora em exame.

Com esopeque em Andrade (2007), reconhecer uma dupla dimensão aos direitos fundamentais é considerar que eles apresentam como direitos subjetivos individuais e coletivos, essenciais à proteção da pessoa humana, e também como valores objetivos de atuação e compreensão do ordenamento jurídico.

À guisa de introdução à temática, assevera-se que a dimensão subjetiva corresponde à clássica perspectiva, cuja origem filosófica deita raízes na teoria liberal dos direitos fundamentais, em que se vislumbra a geração de direitos subjetivos aos seus titulares contra intervenção estatal em seus direitos e liberdades, permitindo-lhes, de conseguinte, que sejam exigidos comportamentos, negativos ou positivos, de seus destinatários.

No que concerne à dimensão objetiva, verifica-se a ligação dos direitos fundamentais com os interesses essenciais da sociedade, no sentido de serem necessários a uma salutar convivência, que inclui a proteção da dignidade da pessoa humana. Neste aspecto, os direitos fundamentais funcionam como limites ao poder estatal e como diretrizes para a sua atuação.

Expostos os delineamentos gerais acerca da dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, passa-se nos próximos itens à análise mais detida de cada uma dessas dimensões.

### 3.2.2.1 Subjetiva

Observados os direitos fundamentais sob a dimensão subjetiva diz-se que eles “geram para seus titulares uma pretensão individual de buscar uma realização através do Poder Judiciário” (MARMELSTEIN, 2008, p. 282).

Os direitos fundamentais, veiculados por meio de normas de cunho jusfundamental, são exigíveis e justiciáveis, ou seja, podem ter sua aplicação forçada através do Poder Judiciário. Em outros termos, pode dizer-se que se o Estado deixar de cumprir com os seus deveres (de respeito, proteção e promoção) frente aos correlatos direitos dos cidadãos, poderão estes compelir aquele a fazê-lo forçadamente mediante um processo judicial. Inclusive o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) decorre da justicialidade ou sidicabilidade dos direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2008, p. 290).

Andrade (2007, p. 118-119) parte da noção do direito subjetivo como um “[...] poder ou uma faculdade para a realização efectiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular”.

Demais disso, Andrade (2007, p. 145) relaciona a dimensão subjetiva ao efeito interno e à eficácia vertical dos direitos fundamentais, referindo-se exclusivamente às relações entre os particulares e o Estado.

O autor (2007, p. 120-140), por outro lado, diferencia os direitos subjetivos privados dos direitos subjetivos fundamentais, eis que estes últimos visam a proteger os direitos fundamentais. No que pertine a eles, são relacionadas as posições jurídicas subjetivas individuais e coletivas, universais (atribuídas às pessoas pela sua condição humana) e fundamentais (importantes para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana). Nesse sentido, depreende-se a aplicabilidade direta das normas constitucionais veiculadoras dos direitos fundamentais.

Pelo exposto, afirma-se a importância da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais para o presente estudo, visto que, sendo esses direitos justiciáveis perante o Poder Judiciário, há como extrair deles graus, ainda que variados, de efetividade.

### 3.2.3.2 Objetiva

Os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas sob a perspectiva do indivíduo, enquanto posições jurídicas de que este se vale para impor-se em face do Estado; ao revés, devem estes preceitos ser considerados também sob o ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir, notadamente mediante a ação estatal. Na verdade, a dimensão objetiva reforça a imperatividade dos direitos e expande a sua influência normativa no ordenamento jurídico e na vida social (ANDRADE, 2007, p. 115).

O jurista (2007, p. 145), de forma lapidar, assim descreve a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a qual se liga à eficácia horizontal:

Tem sido costume ligar a dimensão objectiva dos direitos fundamentais à idéia de uma ‘eficácia irradiante’ das normas constitucionais que os prevêm, produto da sua intenção conformadora da ordem jurídica. Mais concretamente, fala-se de um efeito ‘externo’ dos direitos fundamentais, de que resultaria uma força vinculativa generalizada dos preceitos preceptivos [...].

No âmbito da dimensão objetiva, Andrade (2007, p. 147) destaca que a vinculação do Estado aos direitos fundamentais não se limita ao cumprimento do dever de abstenção, prestação ou de garantia de participação, antes implica o dever de promoção e de proteção dos

direitos, a fim de assegurar a sua efetividade. Significa dizer que, sob esta perspectiva, o Estado deve promover todos os direitos fundamentais e com especial destaque o direito ao mínimo existencial, dado o seu caráter de alta relevância que exige a promoção de uma vida digna aos membros de uma comunidade.

Em face do exposto, de forma sumarizada pode concluir-se que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde aos direitos subjetivos individuais ou coletivos perante o Estado, e a dimensão objetiva corresponde aos deveres do Estado frente à comunidade. Não sendo ocioso mencionar que o reconhecimento de um direito subjetivo corresponde a um grau maior de realização do que a previsão de obrigações de caráter objetivo (SARLET, 2007, p. 181).

### 3.2.3 Instrumentos de garantia judicial dos direitos fundamentais sociais

Neste tópico, conforme assinalado, são expostos, de forma sucinta e sem a pretensão de exaustividade, os instrumentos de garantia judicial dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional, os quais têm correlação com o mínimo existencial, extraíveis diretamente do texto constitucional, sem necessidade de intermediação do legislador infraconstitucional.<sup>289</sup>

Nesse sentido, a despeito de não se desconhecer que todas as ações referentes ao controle concentrado servem como importantes instrumentos de tutela dos direitos fundamentais, algumas delas não são exploradas, como a ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, *a*, primeira parte), a ação declaratória de constitucionalidade (CF, arts. 102, I, *a*, *in fine*),<sup>290</sup> e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º). As duas primeiras não são examinadas por se referirem à verificação da constitucionalidade de *atos normativos infraconstitucionais* frente à Constituição Federal. A última, por sua vez, não é trazida à colação porque o mandado de injunção, guardadas as suas peculiaridades, a substitui com vantagem quanto à concretude conferida aos direitos fundamentais, sobretudo em face da recente posição do STF. Entretanto, a argüição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1º) e a ação direta interventiva (CF, art. 36, III), que também são ações

<sup>289</sup> A Tabela 2.5, constante do Capítulo II, que trata das garantias jurisdicionais, ilustra com clareza os instrumentos de tutela dos direitos fundamentais que têm correlação com o mínimo existencial com sede no texto constitucional.

<sup>290</sup> Considerando que este estudo parte do pressuposto de que o mínimo existencial é um direito fundamental extraível diretamente das normas constitucionais, a ação direta de constitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade não se compatibilizam com o enfoque ora privilegiado, pois se referem à investigação da constitucionalidade de normas infraconstitucionais frente ao texto constitucional.

referentes ao controle concentrado, têm interesse para o presente estudo, haja vista que promovem a efetividade dos direitos fundamentais na perspectiva adotada por este trabalho.

Por outro lado, sob a ótica da ordem jurídica fundamental subjetiva, são inseridos os instrumentos de tutela individual, como os provimentos mandamentais; de tutela coletiva, como o mandado de segurança coletivo, e o procedimento de execução específica das obrigações de fazer. Gouvêa (2003, p. 278) ressalta a importância da tutela de urgência<sup>291</sup> para a efetivação dos direitos prestacionais, “[...] conferindo-se especial relevo aos provimentos antecipatórios que, originariamente incorporados ao ordenamento pátrio através dos arts. 11 e 12 da Lei da Ação Civil Pública, foram estendidos às ações em geral por intermédio da Lei n. 8.952/94”.

Nesse passo, é importante destacar a *reviravolta processual* ocorrida no direito processual brasileiro, consistente no salto de concepção entre o processo tradicional, preocupado excessivamente com a segurança que o elevou a um fim em si mesmo, dissociado dos demais ramos jurídicos e da vida social, e as doutrinas da efetividade do processo e do acesso à justiça surgidas contemporaneamente, com base no princípio da efetividade. Representa este princípio “o postulado que, espreado por diversos ramos do direito, procura ultrapassar o discurso jurídico exclusivamente centrado na eficácia formal de normas e atos”. Nesse contexto, então, “mais importante do que a efetivação do processo é a efetivação (do direito material) pelo processo” (GOUVÊA, 2003, p. 273-275).<sup>292</sup>

Antes de prosseguir, é imperioso destacar ainda que o tema tratado no próximo tópico concernente às restrições aos direitos fundamentais traz a lume alguns dos obstáculos à justicialidade dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, os quais têm correlação com o mínimo existencial e, dentre eles, figura-se a ausência de instrumentos específicos de

---

<sup>291</sup> Acerca da importância da tutela de urgência para a implementação dos direitos a prestações positivas estatais, envolvendo o mínimo existencial, assim se manifesta Gouvêa (2003, p. 345): “Sem mecanismos antecipatórios, prestações de importância existencial podem ter sua vinculação tornada inócua (em alguns casos mais dramáticos, até mesmo pelo perecimento físico do indivíduo). Direitos prestacionais existenciais são em regra direitos urgentes – até porque são levados ao Judiciário em caráter excepcional, quando o descumprimento do direito pelo Poder Público atinge uma situação-limite – do que deflui o caráter de prioridade, [...] cuja consideração deve nortear o cotejamento, pelo juiz, entre o *periculum in mora* e o perigo inverso.”

<sup>292</sup> Gouvêa (2003, p. 275) destaca que a efetividade do processo traduz-se num triplo nível de exigências: a) no campo da norma: “busca incentivar a introdução de alterações no ordenamento positivo, sendo reflexo claro disto, em nosso país, o conjunto de reformas que atingiram o Código de Processo Civil, a partir de 1994; o desenvolvimento da tutela coletiva, nos últimos vinte anos, e a criação dos Juizados Especiais, com seu procedimento informalizado”; b) no campo institucional: “procura orientar os juízes a uma atuação mais comprometida com a obtenção de resultados céleres e justos, desprezando-se formalismos que se revelem inúteis através da interpretação mais audaciosa dos mecanismos que a legislação hoje contempla”; c) no campo teórico: “busca rever algumas idéias caras ao pensamento processualístico tradicional: a divisão estrita entre condenação e execução; a classificação tripartite das sentenças (declaratória, constitutiva e condenatória) e a autonomia solipsista do Direito Processual em relação aos ramos materiais”.

tutela desses direitos. Conforme análise empreendida neste item, verifica-se que, a par de não existirem tantos instrumentos *genéricos* de tutela judicial dos direitos sociais prestacionais, carece também de meios processuais específicos, justificando-se, portanto, esta objeção à sua plena sindicabilidade.

Expostas as questões preliminares mais relevantes, passa-se ao exame sumário, destacando somente os aspectos que interessam para o presente estudo, dos instrumentos judiciais de proteção dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, capazes, por conseguinte, de contribuir para a efetividade do mínimo existencial:

a) Mandado de injunção:<sup>293 294</sup> no caso dos direitos sociais, o mandado de injunção tem a finalidade de suprir a omissão legislativa inconstitucional que inviabiliza, particularmente a fruição de direitos a prestações materiais. Bitencourt Neto (2009, p. 138) assim conceitua o mandado de injunção:

é um direito fundamental de natureza processual, instrumental ou adjetivo, no sentido de que tem como objeto a viabilização da fruição de direitos fundamentais materiais, isto é, direitos fundamentais que têm como objeto da defesa, a proteção e a promoção de valores e bens considerados essenciais para a dignidade da pessoa humana.

O autor (2009, p. 163-164) informa que o mandado de injunção é meio apto à definição judicial dos requisitos necessários à fruição de direitos sociais nos seguintes casos:

- a) quando se tratar de posições ativas com natureza de direito de liberdade (direito de greve);
- b) quando houver insuficiente regulação legislativa do direito social a prestações materiais; e

<sup>293</sup> O mandado de injunção encontra-se previsto no inciso LXXI do art. 5º da CF.

<sup>294</sup> É de Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 1.149-1.159) a descrição da evolução da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção: no Mandado de Injunção n. 107, o Tribunal firmou sua jurisprudência no sentido de que deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade por omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas. No Mandado de injunção n. 283, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados. No Mandado de Injunção n. 232, de relatoria do Ministro Moreira Alves, o Tribunal reconheceu que, passados seis meses sem que o Congresso Nacional editasse a lei referida no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, o requerente passaria a gozar a imunidade requerida. Essa mesma orientação é seguida pelo Mandado de Injunção n. 284. Nestes dois últimos Mandados de Injunção é sinalizada para uma “nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução ‘normativa’ para a decisão judicial” (efeito concretizador *inter partes*). Por último, nos Mandados de Injunção n.s 670 e 712, que tratam do direito de greve dos servidores públicos, adotaram-se, de forma explícita, sentenças aditivas com eficácia *erga omnes* (efeito concretizador *erga omnes*). Os MIs n.s 670 e 712, foram conhecidos, determinando-se para a solução da omissão legislativa a aplicação, no que coubesse, da Lei n. 7.783/1989 (dispõe sobre o exercício do direito de greve para a iniciativa privada). (MI n. 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento de 21/11/1990, DJ 02/08/1991; MI n. 283-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento de 20/03/1991, DJ 14/11/1991; MI n. 232-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento de 02/08/1991, DJ 27/03/1992; MI n. 284-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento de 21/11/1992, DJ 26/06/1992; MI n. 670-ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento de 25/10/2007, DJ 30/10/2008; MI n. 712-PA, Rel. Min. Eros Grau, julgamento de 25/10/2007, DJ 30/10/2008).

c) quanto, tratando-se de omissão legislativa absoluta, estiver em causa o direito ao mínimo existencial para uma existência digna.

b) Arguição de descumprimento de preceito fundamental:<sup>295</sup> destina-se a prevenir ou reparar lesão contra preceitos fundamentais da Constituição e pode ser proposta pelos mesmos entes e órgãos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (CF, art. 103).

Oportuna a informação de Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 1.106), para quem:

pode ocorrer lesão a preceito fundamental fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional. Nesses casos a controvérsia não tem por base a legitimidade ou não de uma lei ou de um ato normativo, mas se assenta simplesmente na legitimidade ou não de uma dada interpretação constitucional. No âmbito do recurso extraordinário essa situação apresenta-se como um caso de decisão judicial que contraria diretamente a Constituição (art. 102, III, *a*).

Desta feita, infere-se que se um direito fundamental social for interpretado por um juiz ou tribunal de modo a afrontar o disposto na Constituição Federal, terá cabida a ADPF para reparar a violação.

c) Representação interventiva: interessa para o presente estudo, na parte que toca ao controle de legitimidade dos atos estaduais em face dos princípios sensíveis perante o STF (art. 34, VII c/c o art. 36, III). Dentre os princípios sensíveis incluem-se os direitos da pessoa humana e a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Merece menção que, na jurisprudência do STF, restou assentado que “não só os atos normativos estaduais, mas também atos administrativos, atos concretos ou até omissões poderiam dar ensejo à representação interventiva no contexto da Constituição de 1988” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 1.168). Dessa forma, caso algum dos princípios sensíveis sejam violados por atos normativos, administrativos, concretos e até omissões pode provocar a intervenção da União nos Estados.

d) Provimentos mandamentais: tratam-se de mecanismos processuais que permitem ao juiz, sem propriamente prescindir da vontade do devedor, constrangê-la de modo a forçar o cumprimento da prestação específica, a cujo descumprimento comina-se uma sanção, regra geral, consistente de multa diária ou *astreintes*. Como exemplo, citam-se o

<sup>295</sup> A ADPF encontra-se prevista no § 1º do art. 102, da CF e na Lei n. 9.882/1999.

mandado de segurança e a ação ordinária sancionada com *astreintes*,<sup>296</sup> uma vez que estes instrumentos são também adequados para as omissões administrativas (GOUVÊA, 2003, p. 279-286).

e) Mandado de segurança individual e coletivo:<sup>297</sup> o traço distintivo, entre os mandados de segurança individual e coletivo, refere-se à natureza dos interesses defendidos.<sup>298</sup> Assim, o exercício do *mandamus* pode se dar tanto na modalidade individual como na coletiva, dependendo da natureza do interesse defendido. Destaca Correia (2002, p. 102) que, concernente aos direitos sociais, o mandado de segurança, individual e coletivo, assume posição de destaque para a defesa dos direitos líquidos e certos, uma vez que neste caso depara-se necessariamente com a presença do Estado com *ius imperii*, “tentando, de forma não incomum, impor várias ordens abusivas aos particulares”.

f) Ação Civil Pública:<sup>299</sup> cuida-se de instrumento de defesa de interesses sociais, como a preservação do patrimônio público, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cuja conceituação, em relação a esses últimos, encontra-se detalhada nos incisos I, II e III do parágrafo único do art. 81 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Policarpo, Rossini e Castro (2007, p. 116; 118) esclarecem que “atualmente a universalidade do processo é uma tendência decorrente da transformação do Estado Liberal para o Estado Social.” Complementam: “o Estado Social transformou o Acesso à Justiça num direito fundamental, incluído na relação das prestações positivas que devem ser oferecidas pelo Estado, superando os entraves econômicos ou jurídicos anteriormente existentes”.

---

<sup>296</sup> A tutela mandamental encontra-se prevista no art. 461, do CPC.

<sup>297</sup> O mandado de segurança individual encontra a sua disciplina no inciso LXIX do art. 5º da CF e o mandado de segurança coletivo é disciplinado pelo inciso LXX do art. 5º da CF. Tanto o individual quanto o coletivo são regulados pela Lei n. 12.016/2009.

<sup>298</sup> No mandado de segurança coletivo os direitos protegidos podem ser: “I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante” (Incisos I e II do parágrafo único do art. 21 da Lei n. 12.016/2009).

<sup>299</sup> A ação civil pública encontra sua disciplina no inciso III do art. 129 da CF, bem como na Lei n. 7.347/1985. Em que pese as sucessivas alterações legislativas terem trazido certo retrocesso na função da ação civil pública, o dispositivo constitucional que a ela se refere mantém albergado em seu campo de incidência “outros interesses difusos e coletivos”.

Os indigitados autores, de outra parte, acrescentam que a ação civil pública visa a proteger o interesse público primário, que consiste no “próprio interesse social, como o bem geral da coletividade.”

Desta feita, constata-se que a ação civil pública representa um poderoso instrumento jurídico-processual, colocado a serviço da tutela de valores tidos como inalienáveis, por pertencerem ao conjunto social, como os interesses relacionados ao consumidor, à saúde pública, ao meio ambiente, ao portador de deficiência, à criança e ao adolescente, ao idoso, dentre outros.

### 3.3 Restrições aos direitos fundamentais

Partindo-se, com Alexy (2008), do enunciado de princípios como mandados de otimização, significa que eles são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Assim, os princípios não contêm mandados definitivos, mas somente *prima facie*, pois carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios e regras contrapostos.

Destarte, ao considerar os princípios direitos *prima facie*, a fim de que seja determinado este direito fundamental como definitivo é exigida uma investigação das restrições que podem ser opostos a esses direitos com base em outros princípios jusfundamentais ou em regras de hierarquia constitucional (diretamente constitucionais) ou autorizadas por elas (indiretamente constitucionais). O mesmo não acontece com as regras, visto que elas já contêm, desde o início, determinações de direitos definitivos, as quais devem ser cumpridas ou não. Por conseguinte, em um modelo exclusivo de regras não se fala em restrições mas tão-somente em violações.

Consoante alerta Leivas (2002, p. 60), por isso é que uma teoria dos princípios constitucionais há que ser complementada por uma teoria das restrições, em que se faz necessária a análise – particularmente quanto aos direitos fundamentais a ações positivas que são objeto do presente estudo –, dos conceitos de direito *prima facie*/direito definitivo, restrição, âmbito de proteção, tipo normativo e efetiva garantia de proteção.

Imperioso deixar estatuído, *a priori*, para a melhor compreensão da temática, que os direitos *prima facie* somente garantirão direitos fundamentais definitivos – questão que se liga de forma direta com a justicialidade dos direitos fundamentais –, se, cumulativamente: a) satisfizer o tipo normativo do direito fundamental; e b) não satisfizer qualquer cláusula restritiva desse direito.

Pelo exposto, impende esclarecer o que é o tipo normativo do direito fundamental ou suporte fático e o âmbito de proteção. Alexy (2008, p. 301-302) esclarece que estes conceitos se contrapõem às restrições, porque que eles são o “lado positivo dos direitos fundamentais”, pois são garantias de proteção, enquanto estas últimas constituem o “lado negativo dos direitos fundamentais”, uma vez que levam à exclusão da proteção desses direitos. Assim, o tipo normativo e o âmbito de proteção dos direitos fundamentais “[...] dizem respeito àquilo que a norma de direito fundamental garante *prima facie*, ou seja, sem levar em consideração as possíveis restrições”.

Mais especificamente, o tipo normativo ou suporte fático<sup>300</sup> constitui-se na realização fática permitida a partir do conteúdo, englobando o bem protegido, previsto pela norma.<sup>301</sup> Âmbito de proteção, de seu turno, são todas aquelas condutas ou formas de ação permissíveis para o cumprimento da norma. Assim, exemplificativamente, em relação ao direito à livre expressão, o seu tipo normativo é “expressar-se de forma livre” (bem protegido) e em seu âmbito de proteção inclui, por exemplo, a publicação de um artigo na imprensa. Por vezes, os conceitos de tipo normativo e âmbito de proteção se confundem.

Leivas (2002, p. 107) esclarece que para a determinação do tipo normativo dos direitos fundamentais sociais *prima facie*, tem de decidir-se por uma teoria ampla ou estreita do tipo normativo. Para uma teoria estreita do tipo normativo, “parte-se de um determinado nível de prestação de cada um dos direitos fundamentais sociais e promove-se uma interpretação estreita do bem protegido”. Exemplifica o autor: o direito fundamental à saúde somente compreenderá assistência médica de emergência e atendimentos básicos de saúde. No que concerne à teoria ampla do tipo normativo, “realiza-se uma interpretação ampla do bem protegido. Assim, não se exclui *prima facie* determinadas prestações que possam ser consideradas, à primeira vista, desprovidas de uma importância que justifique uma proteção

<sup>300</sup> O conceito de tipo normativo de direito fundamental divide-se em sentido amplo e em sentido estrito. O primeiro caso abarca a totalidade de uma consequência jusfundamental definitiva, incluindo, necessariamente, a restrição, uma vez que tem por objetivo alcançar o reconhecimento de um direito definitivo. Já o segundo, compreende tão-somente aquilo que deva ser concedido *prima facie* e que se distinga do conceito de restrição (LEIVAS, 2002, p. 65). Considerando que este estudo parte da compreensão do mínimo existencial essencialmente como princípio (direito *prima facie*), opta-se aqui por um conceito de tipo normativo em sentido estrito, inclusive porque é esse sentido que se coaduna com o entendimento defendido por Alexy sobre o tipo normativo.

<sup>301</sup> A norma jurídica detém uma estrutura lógica que pode ser representada da seguinte forma: *Se é F, deve ser C*. Nessa equação, *F* é o fato tipo ou suporte fático (*fattispecie*), que, se ocorrido na realidade, ensejará uma consequência *C*, observado que a parte antecedente da norma jurídica, em que se localiza o fato típico é a denominada hipótese normativa ou hipótese de incidência. A parte conseqüente, é a denominada consequência jurídica ou estatuição, que poderá ser de natureza sancionatória ou não. A hipótese de incidência tem uma relação condicional com a consequência jurídica, vale dizer, caso aconteça o fato descrito hipoteticamente na parte antecedente, deverá ocorrer a consequência prevista na segunda parte, a qual conterà, implícita ou explicitamente, a finalidade (REALE, 2001, p. 99-104).

jusfundamental.”<sup>302</sup> O autor fornece o seguinte exemplo: cirurgias plásticas de cunho estético poderiam ser incluídas no conceito de saúde.<sup>303</sup>

Em que pese a existência de várias objeções formuladas à teoria ampla do tipo normativo, como o fato de ela provocar expectativas irrealizáveis ou de não estar condizente com a realidade social brasileira, Leivas (2002, p. 108) defende a sua aplicação, justificando-se que ela exige sempre uma fundamentação dos casos jusfundamentais e encontra-se aberta à complexidade da vida em sociedade. Arremata o seu posicionamento asseverando: “é mais honesto dizer ao indivíduo que a prestação que ele quer seja prestada pelo Estado não é tão importante a ponto de justificar a superação dos princípios colidentes, do que afirmar simplesmente que determinada prestação não se inclui dentro do tipo normativo”. Neste estudo, adota-se a teoria ampla do tipo normativo, menos pelos motivos apresentados pelo aludido autor e mais pela compreensão de que esta teoria permite conferir maior efetividade ao mínimo existencial.

Por outro lado, Alexy (2008, p. 277) classifica as teorias das restrições do direito fundamental em interna e externa, observado que o conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas: o direito e sua restrição, formando uma relação de restrição.

Pela teoria interna, não há duas coisas – o direito e sua restrição –, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo, sendo o conceito de restrição substituído pelo conceito de limite (ou restrição imanente), não havendo possibilidade ou necessidade de ponderação para a identificação do seu real conteúdo. Por exemplo, a liberdade individual é garantida desde o início, mas sobre ela pode haver limites.

Pela teoria externa, há o direito em si, não restringido, e aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido. Portanto, esta teoria promove a distinção entre o direito *prima facie*, de um lado, e o direito definitivo ou efetivo âmbito de proteção, de outro, destacado que este direito definitivo é realizável judicialmente, mediante ponderação.

Para saber a teoria a ser utilizada, depende se se parte da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, como posições definitivas ou

<sup>302</sup> Na teoria ampla, para a satisfação do tipo normativo (tipificação), basta que uma propriedade considerada isoladamente seja satisfeita, quaisquer que sejam as outras propriedades. Deve ser levado a cabo, ademais, dentro das margens semânticas dos conceitos do tipo normativo, interpretações amplas (ALEXY, 2008, p. 322).

<sup>303</sup> Adverte Leivas (2002, p. 108) que “a aceitação de terminadas prestações dentro do tipo normativo jusfundamental *prima facie* não significa, contudo, a passagem automática para o direito definitivo. Segundo a lei da ponderação, quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância de satisfação do outro. Portanto, prestações positivas fáticas menos importantes exigiriam um grau não-alto de afetação dos princípios colidentes, o que torna mais difícil que sejam reconhecidos direitos definitivos nessas situações.”

*prima facie*, esclarecendo Alexy (2008, p. 278) que, no primeiro caso a teoria correta é a interna e no segundo, a externa.

Considerando que este estudo parte do entendimento do mínimo existencial extraível de normas principiológicas, adota-se aqui a teoria externa. Leivas (2002, p. 62) ensina em linhas gerais como passar de um direito *prima facie* para um direito definitivo, segundo a teoria externa:

[...] em um primeiro momento, indaga-se se uma determinada ação ou omissão é conteúdo de um direito *prima facie*. Reconhecido o direito *prima facie*, procede-se a uma busca de eventuais restrições a este direito com base em eventuais normas restritivas. Estas normas restritivas tanto podem ter a característica de princípios como de regras. No caso de existirem normas restritivas, procede-se, então, ao exame da proporcionalidade.<sup>304</sup> Caso essas normas restritivas não sejam proporcionais, então se reconhece um direito definitivo.

Pelo exposto, considerando o direito ao mínimo existencial dedutível dos princípios, neste estudo adota-se tanto a teoria ampla do tipo normativo (ampliação do conteúdo do direito *prima facie*) quanto a teoria externa dos direitos fundamentais (necessária distinção entre direito *prima facie* e direito definitivo). A partir dessas premissas, e levando-se em conta as restrições, buscar-se-á o direito definitivo ou a efetiva garantia de proteção relativamente ao mínimo existencial, mediante a conjunção dos métodos interpretativos sumarizados no item 3.4, que dispõe sobre as diretrizes e os parâmetros para a maximização da efetividade do mínimo existencial.

### 3.3.1 Cláusulas restritivas relacionadas aos direitos fundamentais sociais

Várias cláusulas restritivas são opostas aos direitos sociais que – pelo menos a princípio, também atingem o direito ao mínimo existencial – e que representam obstáculos à justicialidade desses direitos, haja vista que, conforme mencionado no item precedente, os direitos *prima facie* somente garantirão direitos fundamentais definitivos se, cumulativamente: a) satisfizer o tipo normativo do direito fundamental; e b) não satisfizer qualquer cláusula restritiva desse direito.

Sobreleva mencionar que um dos obstáculos mais ferrenhos que militam a favor da ineficácia dos direitos sociais é a desqualificação deles como direitos fundamentais e que eles são direitos contrapostos aos direitos individuais, levando à concepção correlata de que não constituem direitos subjetivos públicos (SILVA, 2000, p. 197). Esta questão, por

<sup>304</sup> Conforme exposto no item 3.1.4, que trata da teoria dos princípios de Alexy.

demandar análise mais detida, encontra-se explicitada no item 3.2.2.1, que versa sobre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

Nessa senda, ao reconhecimento como portadores de direitos subjetivos aos direitos sociais prestacionais em sentido estrito, em que se inclui o mínimo existencial em sua vertente prestacional, têm sido oferecidos diversos argumentos contrários, obstando a sua justicialidade perante o Poder Judiciário e, de conseguinte, a sua efetividade. Gouvêa (2003, pp. 14-23), de maneira didática, assim expõe estes obstáculos:

a) de natureza jurídica substancial: a.1) defeitos das disposições normativas: as normas constitucionais definidoras de direitos sociais prestacionais contêm, por vezes, termos imprecisos, conceitos indeterminados ou fluidos, ou objetos amplos demais, bem como apresentam lacunas em seu texto, exigindo para a sua efetividade a *interpositio legislatoris*, mediante a edição de lei infraconstitucional, resultando, assim, na sua ineficácia dado o seu caráter programático ou principiológico. Nesse passo, pertinente trazer à colação o escólio de Böckenforde *apud* Gouvêa (2003, p. 18), vazado no seguinte sentido:

Diante da vagueza do programa normativo – inerente à própria técnica de positivação constitucional, que não se coaduna com regulações minuciosas –, insuficiente para definir o conteúdo da prestação, caberia ‘em primeiro lugar ao legislador legitimado democraticamente de maneira direta e em segundo termo à Administração’ integrar o comando constitucional, descabendo ao magistrado arrogar-se o papel de legislador.

a.2) reserva do possível jurídica: ainda que existam recursos orçamentários para atender as demandas formuladas com base nos direitos sociais prestacionais, não caberia ao Poder Judiciário intervir nas previsões das leis orçamentárias, impondo disposições quanto a essas leis, haja vista que para a confecção de tais documentos legislativos devem somar-se, por determinação constitucional, os esforços tão-somente do Executivo e do Legislativo;

b) de natureza jurídica processual:<sup>305</sup> ausência de instrumentos específicos de tutela dos direitos sociais prestacionais, corroborada pela inexistência quanto a essas situações jurídicas sedimentados estudos doutrinários ou precedentes jurisprudenciais dirigidos a garantir ou proteger esses direitos,<sup>306</sup> ao contrário do que ocorre com os direitos de defesa, de primeira geração;

c) de natureza fática: a reserva do possível fática tem representado um argumento de defesa para a Administração Pública em face de pleitos formulados pelos

<sup>305</sup> Este tema encontra-se detalhado no item 3.2.3 deste trabalho.

<sup>306</sup> No Brasil, os estudos doutrinários sobre a temática da efetividade dos direitos sociais prestacionais iniciaram após a promulgação da CF/88, observado que tanto estes estudos quanto os precedentes jurisprudenciais têm desenvolvido-se de forma mais intensa apenas a partir da última década.

jurisdicionados com escopo nos direitos sociais prestacionais e embasa-se na limitação financeira do Estado para atender às infindáveis e recorrentes demandas sociais;

d) de natureza política: violação dos princípios democrático e da separação dos poderes, visto que, inexistindo critérios objetivos para uma interpretação jurídica que vise ao suprimento das imprecisões das normas definidoras de direitos sociais prestacionais de caráter programático e principiológico, esta atividade, considerada não meramente interpretativa, porém integradora, é alheia à competência do Poder Judiciário, uma vez que este se encontra adstrito ao princípio da legalidade, exigindo-se, destarte, uma deliberação política dos Poderes Executivo e Legislativo, cujos titulares são investidos pelo voto popular.

Expostos de forma genérica os obstáculos à justicialidade dos direitos sociais, nos próximos itens são apresentadas, mais detalhadamente, as principais objeções, ainda que não obedecida à seqüência exposta, acompanhadas das contra-argumentações pertinentes.

### 3.3.1.1. Estrutura programática ou principiológica das normas de Direitos Sociais

Ao estabelecer a diferença de estrutura entre direitos fundamentais de liberdade e os direitos fundamentais sociais, Bockenförde *apud* Leivas (2002, p. 92) assevera, em relação a esses últimos, que “a pretensão constitucional neles contida é tão geral que não podem produzir pretensões jurídicas concretas pela via da interpretação”. O significado das palavras do autor é que os direitos fundamentais sociais somente podem ser aplicados após a mediação regulamentadora do legislador infraconstitucional.

Entrementes, esta compreensão é um tanto desarrazoada, visto que põe toda a normatividade do texto constitucional nas mãos do legislador ordinário. Essa é uma questão que a teoria neoconstitucionalista combate com determinação. Afinal, se o direito foi constitucionalizado, como não reconhecer esse fato ou não conferir normatividade ao texto constitucional? Como dar prioridade ao legislador infraconstitucional em detrimento do próprio legislador constituinte? Outro não é o posicionamento de Ferrari (2001, p. 139) que entende que, dada a supremacia da Constituição, “colocar a aplicabilidade e observância de suas normas na dependência da atuação volitiva do Legislativo resulta em inverter a ordem das coisas, isto é, significa dizer que a Constituição só será, efetivamente, cumprida, à medida que o legislador ordinário desejar.”

No Brasil, permanece ainda em pauta a discussão entre a programaticidade e a aplicabilidade imediata das normas constitucionais, veiculadoras de direitos sociais ou de

conteúdo principiológico, em que o caráter programático de tais normas postula por sua eficácia diferida. Em que pese o tema da aplicabilidade imediata dessas normas estar desenvolvido no item 2.2.2 deste trabalho, não é demais acrescentar nessa quadra da exposição o pensamento de Silva (2000, p. 204), no sentido de que tanto as normas que consubstanciam direitos fundamentais individuais quanto direitos sociais têm aplicabilidade imediata, a não ser, neste último caso, em relação àquelas normas que mencionam uma lei integradora e que, por isso, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta, dependentes, pois, da *interpositio legislatoris* ou da regulamentação integradora.<sup>307</sup>

Demais disso, Ferrari (2001, p. 76; 95; 198), ao tratar especificamente da programaticidade dessas normas, defende que por estarem contidas na Lei Fundamental do Estado são constitucionais, supremas e como todas as normas jurídicas, também imperativas e, portanto, “comungam do mesmo nível de superioridade hierárquica, da mesma força cogente”. Por outro lado, a informação da autora de que o conteúdo das normas constitucionais programáticas liga-se ao plano dos direitos econômicos e sociais é extremamente relevante pois, a par de relacionar-se diretamente com o tema deste estudo, autoriza a conclusão de que a grande maioria das normas constitucionais, das quais são extraídas o conteúdo do mínimo existencial, tem a característica de programa ou de princípio.

Destaca, ainda, Ferrari (2001, p. 183-184) que a concretização da norma programática, ao determinar tarefas a cumprir, fins a atingir, dirigidos às transformações sociais e não somente jurídicas, implica o exercício de um poder discricionário,<sup>308</sup> referente à liberdade de escolha dos meios adequados para tanto, “reservando, entretanto, um espaço de atuação manifestamente irreduzível”.

Pimenta (1999, p. 137), ao definir normas programáticas, estabelece uma convergência entre estas e os princípios:

São normas jurídicas inseridas na Constituição Jurídica que representam uma tentativa do constituinte em conciliar os interesses opostos dos grupos sociais, tendo conteúdo econômico-social, função eficaz de programa, que, entretanto, obrigam os órgãos integrantes da organização política do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), mediante a determinação dos princípios que por eles devem ser cumpridos.

<sup>307</sup> Ferrari (2001, p. 136), a partir da aplicabilidade e da capacidade de produzir efeitos, propugna pela existência de normas constitucionais, principalmente no campo dos direitos fundamentais, que: a) não dependem de nenhum tipo de integração legislativa infraconstitucional para incidir; b) admitem regulamentação para facilitar seu *modus operandi* (regulamentação); c) dependem de norma regulamentadora integrativa, para que estejam aptas a incidir no mundo dos fatos (regulamentação integrativa).

<sup>308</sup> O poder discricionário refere-se à liberdade dos órgãos estatais de agir dentro de um espaço ou limite estabelecido na norma (FERRARI, 2001, p. 185).

Nessa esteira, Pimenta (1999, p. 236) ensina que “os princípios apresentam funções integrativa, interpretativa e programática, sendo que, nesta última função, os princípios revelam a sua potencialidade, traçando as diretrizes a serem seguidas na atividade legislativa”.

Outra característica das normas programáticas que pode trazer como conseqüência problemas quanto à sua efetividade é a abertura textual destas normas, com farta utilização de conceitos jurídicos indeterminados,<sup>309</sup> levando à ambigüidade e à vagueza da linguagem.<sup>310</sup> No caso do direito ao mínimo existencial, a título de exemplo, citam-se as seguintes expressões: vida digna, bem-estar da sociedade, justiça social, desenvolvimento econômico e social, sadia qualidade de vida.

Canotilho (2001, p. 435-437) pondera que um dos problemas com que se defronta uma Constituição é o dos conceitos vagos, abstratos, bem como a indeterminabilidade semântica dos documentos constitucionais programáticos, demandando a solução dos problemas relacionados com essa abertura semântica, como a discricionariedade e a liberdade de conformação no preenchimento dos conceitos indeterminados por parte do intérprete e aplicador da norma. Adverte o jurista, entretanto, que:

não significa que estas *fórmulas logicamente vazias* não tenham um conteúdo normativo, cujo sentido pode ser clarificado pela análise semântica dos mesmos. A este nível semântico-linguístico pode ser clarificado o *espaço de discricionariedade* dos conceitos utilizados pela norma constitucional. (grifos do autor).

Bandeira de Mello (2009, p. 57) considera que a existência dos chamados conceitos vagos, fluidos ou imprecisos constantes das normas constitucionais não impede que o Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito significativo. Complementa o autor:

Essa missão é realizada habitualmente pelo juiz nas distintas áreas do Direito e sobretudo no direito privado. Além disso, por mais fluido que seja um conceito, terá sempre um núcleo significativo indisputável. É puramente ideológico e sem nenhuma base jurídica o entendimento de que a ausência de lei definidora obsta à identificação do conceito e à invocação do correlato direito.

<sup>309</sup> Ferrari (2001, p. 204) não condena, por si só, o uso de conceitos jurídicos indeterminados pelas normas programáticas, pois entende que estes conceitos “propiciam a abertura da Constituição, à medida que possibilitam refletir, em um certo momento histórico, os valores essenciais de uma sociedade, conferindo elasticidade ao ordenamento constitucional”. Entretanto, a autora preocupa-se com a determinação, dentro dos conceitos jurídicos indeterminados, daqueles que têm caráter de delegação aos órgãos concretizadores ou dos que carecem de um preenchimento valorativo e implicam uma análise estrutural, mais demorada.

<sup>310</sup> Dworkin (2003, p. 419-422) distingue a obscuridade ou vagueza de uma lei da seguinte forma: a) obscuridade lingüística, em relação ao seu texto; b) obscuridade de conteúdo, quando envolve questão interpretativa complexa ou discutível. As normas principiológicas e programáticas podem padecer da característica da obscuridade pelos dois motivos citados.

Filgueiras Júnior (2007, p. 145-146), com apoio em Heck e na doutrina alemã, ensina que o conceito jurídico indeterminado<sup>311</sup> é formado por um núcleo conceitual (zona de certeza positiva), em que não há dúvidas quanto à subsunção do objeto cogitado à abrangência do conceito, e um halo conceitual (zona de incerteza ou de penumbra), onde remanescem dúvidas. A zona de certeza negativa, por sua vez, que se encontra fora do conceito, representa a zona dentro da qual não se tem dúvida de que o objeto em questão não se subsume ao conceito, vale dizer, tem-se a certeza de que o objeto não se encontra dentro do núcleo conceitual ou do halo conceitual. Esclarece, ainda, o jurista que “o instrumento utilizado para colocar o objeto na zona de certeza negativa é, inegavelmente, a razoabilidade”.<sup>312</sup>

Galdino (2005, p. 115-116) entende que a textura aberta dos enunciados normativos, cuja característica é a vagueza intencional (que não se confunde com má redação ou obscuridade), permite maior grau de adaptação desses enunciados à realidade fática no momento de sua aplicação, tornando os direitos suscetíveis de adequação à multifacetária realidade da vida.<sup>313</sup>

Do exposto infere-se que a estrutura programática ou principiológica das normas constitucionais não é obstáculo suficiente, em todas as situações, para impedir que o Judiciário dê aplicabilidade e efetividade aos correspondentes direitos no caso concreto, fixando-lhes o alcance. Inclusive – consoante é melhor explicitado em tópico próprio – tais normas constitucionais podem produzir autênticos direitos subjetivos públicos invocáveis perante o Poder Judiciário, notadamente quando se almeja a satisfação de um direito ao mínimo existencial.

### 3.3.1.2 Reserva do possível

Sarlet e Figueiredo (2008, p. 29-30) entendem que a reserva do possível constitui espécie de limite fático e jurídico dos direitos fundamentais. O limite fático configura-se na

---

<sup>311</sup> Não há como desconsiderar a perceptível conexão entre a fixação das zonas de certeza positiva, de incerteza e de certeza negativa no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados e a delimitação do alcance do conteúdo do mínimo existencial proposta por este estudo, inclusive com ambas as situações a serem estabelecidas à luz do caso concreto. Vale ressaltar que o presente trabalho enfoca os casos difíceis que se enquadram, analogicamente, à zona de incerteza ou zona de penumbra.

<sup>312</sup> Vale destacar que os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo proporcionalidade ou proibição de excesso para designar o princípio que os americanos tratam por razoabilidade. Bandeira de Mello afirma que o princípio da proporcionalidade é uma faceta do princípio da razoabilidade. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal utiliza a expressão “razoabilidade” com frequência, mas com sentidos diversificados, como racional; aceitável, moderado, regular (BARROS, 2003, p. 71-76).

<sup>313</sup> Galdino (2005, p. 117) não desconhece, de outra face, que a indeterminação semântica desatende às necessidades de segurança jurídica e presta-se a manipulações ideológicas e práticas de dominação, mas como ele bem sintetiza “infelizmente não é possível ter, sempre e ao mesmo tempo, todo o melhor de dois mundos”.

possibilidade material de disposição, ou seja, na disponibilidade efetiva dos recursos. Já o limite jurídico liga-se à possibilidade jurídica de disposição, visto que o Estado também deve ter a capacidade jurídica, ou seja, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. Este último sentido guarda conexão com “a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras”. Neste tópico, portanto, são analisadas separadamente a reserva do possível fática e a reserva do possível jurídica.

### 3.3.1.2.1 Fática

A construção teórica da *reserva do possível* tem origem na Alemanha, na década de 1970, a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal, relacionada a um caso emblemático conhecido como *numerus clausus*.<sup>314</sup> Na referida decisão, pleiteava-se o acesso irrestrito ao ensino superior relativamente a determinados cursos de elevada procura, com base no art. 12 da Lei Fundamental (OLIVEIRA; CALIL, 2006, p. 3.722-3.723).

No citado caso ficou assentado que a “prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”, observado que o *razoável* deveria depender da ponderação por parte do legislador. Com efeito, a partir da decisão concernente ao *numerus clausus*, a reserva do possível passou a corresponder “a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares”(SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 29-30).

Não se pode olvidar, todavia, que a transposição pura e simples de institutos alienígenas, sem a devida adequação a circunstâncias de um contexto cultural e socioeconômico diferente, pode provocar distorções desastrosas, sobretudo quando se constata a sua utilização efetiva no país de destino, após o transcurso de quase vinte anos. Ao demonstrar que tal fato ocorreu em relação ao instituto da reserva do possível, assim se manifesta Oliveira e Calil (2008, p. 3.273):

---

<sup>314</sup> “*Numerus clausus* é a denominação de uma política adotada na Alemanha, em 1960, para limitar numericamente os ingressos de estudantes em determinados cursos universitários face à grande quantidade de interessados em áreas como o direito, medicina, farmácia e outras. Estudantes que não lograram ser admitidos nas escolas de medicina das Universidades de Hamburgo e Munique contestaram a limitação com base no art. 12 da Lei Fundamental, que prevê o direito de todo alemão à livre escolha de sua profissão, seu posto de trabalho e seu centro de formação” (LEIVAS, 2006, p. 98).

A decisão alemã refere-se à impossibilidade de atendimento geral sob o sacrifício de outros serviços públicos. No Brasil, conforme o entendimento doutrinário, a reserva do possível alargou seu âmbito de influência, arrastando outros conceitos diversos, na tentativa de blindar o erário público da interferência do Poder Judiciário em relação à efetivação de direitos prestacionais.

Ademais, informa Olsen (2008, p. 221-222) que, no que concerne às distorções verificadas quanto à aplicação da reserva do possível no Brasil, “[...] a preocupação inicial com a proporcionalidade e a razoabilidade (aquilo que razoavelmente se pode exigir) deu lugar para a questão da disponibilidade de recursos, e para o custo dos direitos”. As decisões da Corte Constitucional alemã consideram a violação da reserva do possível a “pretensão que, se satisfeita, pode gerar um desequilíbrio no sistema jurídico, afetando inclusive o princípio da igualdade material e do Estado Social”. Com efeito, no contexto da sociedade alemã, “a reserva do possível representa um limite à pretensão dos titulares de direitos fundamentais prestacionais à medida que não lhes cabe requerer além daquilo que o Estado já prestou dentro de sua capacidade, cumprindo seus deveres constitucionais”. Muito diferente é o caso brasileiro, onde o Poder Público não esgota as suas potencialidades sequer para dar cumprimento aos mandamentos constitucionais.

De outra parte, o estudo de Galdino (2005) – ao analisar o modelo distributivo brasileiro, no qual se verifica uma injusta alocação de recursos escassos – chega à conclusão de que a reserva do possível faz parte do próprio conceito de direitos fundamentais, pois todos os direitos são positivos, inclusive os que são considerados direitos negativos ou de defesa e, nessa senda, todos os direitos fundamentais demandam dispêndio de recursos públicos.<sup>315</sup> Para o autor (2005, p. 22), “[...] a ingênua ignorância dos custos dos direitos tem servido a muitos propósitos, menos assegurar-lhes a eficácia, concorrendo para consagrar a injustiça da distribuição da riqueza e dos direitos em nosso país”.

---

<sup>315</sup> Galdino (2005, p. 209; 229), citando Sunstein e Holmes, assevera que todos os direitos são positivos e por isso custam, no mínimo, os recursos necessários para manter a complexa estrutura judiciária que disponibiliza aos indivíduos uma esfera própria para tutela de seus direitos. Inclusive quando se fala em “justiça gratuita” alude-se a um regime de custos que é suportado pelo Estado e, em última instância, pela coletividade dos contribuintes. Outro exemplo expressivo concernente à existência de custos quanto aos direitos de defesa refere-se ao direito político de votar e ser votado, o qual exige altos investimentos a serem empregados no sistema eleitoral, como criação e manutenção da estrutura da Justiça Eleitoral, com pessoal, urnas eletrônicas, aparato policial etc. Oportuno lembrar, ainda, que caso a proposta de investimento público de campanha seja aprovada, a qual se encontra no bojo de projetos que cuidam da reforma política em discussão no Congresso Nacional, mais visível tornar-se-ão os gastos exigidos para a efetividade desses direitos de liberdade. Este ponto da reforma significa que as campanhas eleitorais serão financiadas exclusivamente com dinheiro público, ficando proibidas as doações de pessoas físicas e de empresas. É previsto que em ano eleitoral seja incluída verba adicional no Orçamento para cobrir as despesas, com valores equivalentes ao eleitorado do país. Ressalte-se, contudo, que estudos da Câmara dos Deputados apontam que desde 1991 já foram apresentadas 283 propostas para alterar o sistema político e eleitoral do país, entre tentativas de emenda à Constituição e projetos de lei, mas os temas se encontram parados no Poder Legislativo federal (CIPRIANI, 2009).

Galdino (2005, p. 147-163) informa que a classificação tradicional e atualmente dominante entre direitos positivos e negativos tem servido como a mais importante classificação dos direitos fundamentais, senão sob o aspecto dogmático, pelo aspecto prático (de sua utilidade), sob a ótica da efetividade e, mais ainda, por orientar as escolhas sociais.

Nesse sentido, a classificação de direitos em positivo e negativo – que parte das premissas de que a necessidade ou não de prestação estatal (em caso negativo ter-se-ia mera omissão) para consecução dos direitos fundamentais e a estreita correlação existente entre prestação, positividade e dispêndio de recursos, de um lado, e omissão, negatividade e gratuidade, de outro –, tem servido: a) no terreno dogmático: estabelecimento de uma linha histórica evolutiva dos Estados (do Estado Liberal ao Estado Social); b) sob o prisma prático: diferenciação entre os direitos fundamentais que são de pronto exigíveis do Estado (direitos negativos: pretensão de omissão) e os que não são sindicáveis *ipso facto* (direitos positivos: proibição de omissão), orientando-se, assim, as escolhas da sociedade. Ressalta o autor que os direitos ditos positivos, por envolver dispêndio de recursos escassos frente às ilimitadas demandas humanas, implica o sacrifício em alguma medida do invocado direito preterido, gerando opções trágicas.

Dessa feita, a principal distinção entre direitos positivos e negativos, consoante a tradicional classificação dos direitos fundamentais, é que “[...] os primeiros são objeto de colisão por força da escassez de recursos, ao passo que os segundos são indiferentes à escassez”.

Entrementes, com base em Sunstein e Holmes, Galdino (2005, p. 199-235) rebate a classificação tradicional demonstrando que todos os direitos fundamentais são positivos, pois todos demandam um *facere* do Estado. O equívoco da classificação dominante tem sido considerar que a tutela dos direitos da liberdade consiste em uma pura obrigação de não fazer, gratuita, isto é, uma abstenção sem custos, quando, em verdade, “[...] ela contém sempre e sempre um *facere* (um agir positivo) e, mais importante, qualquer ação ou omissão estatal é sempre custosa – positiva.” Demais disso, ressalta o autor que o reconhecimento dos custos dos direitos é uma forma de promover a conscientização dos indivíduos para a responsabilidade no exercício dos direitos, haja vista que a consciência de um direito conduz à percepção do correlato dever.

Conclui o doutrinador que comprovado que “[...] todo direito possui um custo, a opção pela sua efetivação independe de sua caracterização como direito individual, direito de defesa ou direito social. Isto é, o modelo de classificação que separa direitos positivos e negativos apresenta escassa ou nenhuma utilidade prática”.

Em que pese não se concordar com Galdino, no sentido de que a reserva do possível se inclui no conceito de direito fundamental, bem como no conceito de direito subjetivo, porque este estudo adota a teoria externa das restrições, a comprovação de que todos os direitos são positivos e onerosos para o Estado e, via de consequência, não se justificando a diferença de tratamento, hoje postulada, quanto à maior efetividade dos direitos de liberdade frente aos direitos sociais, e, portanto, dando-se prevalência aos primeiros, revela-se de grande importância para o presente estudo. Sintetiza o autor as aludidas idéias nos seguintes termos:

Embora os custos certamente não sejam o único referencial ou critério para as decisões políticas e judiciais, fato é que eles não podem ser desconsiderados da discussão acerca dos direitos fundamentais, nem servir de fundamento para a tutela integral dos direitos individuais e meramente parcial dos direitos sociais, como se vem fazendo, de forma muitas vezes inaceitável.

(...) O que usualmente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política (justa ou injusta, sindicável judicialmente ou não ) de não se gastar dinheiro com aquele mesmo ‘direito’.

Quanto ao mínimo existencial, a posição do jurista mantém-se aquém daquela defendida neste trabalho, uma vez que ele entende que inclusive “as prestações públicas que integram o mínimo existencial encontram-se sujeitas aos recursos econômicos e financeiros disponíveis no momento”, ressaltando apenas que “tais prestações devem receber tratamento preferencial em relação às que não ostentam tal caráter”.

Desta feita, a reserva do possível tem representado no Brasil um “argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social”. Para levar a reserva do possível a sério, inclusive com base no § 1º do art. 5º da CF, “cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 32). Mesmo porque o orçamento não é um instrumento inflexível, havendo mecanismos que permitem a *reprogramação* das despesas fixadas, como os créditos adicionais<sup>316</sup> e a

<sup>316</sup> O art. 82 da Lei n. 4.320/1964 dispõe que “são créditos adicionais as autorizações de despesas não computadas ou insuficientemente dotadas na lei de orçamento, compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.” De seu turno, o art. 83, da mencionada lei, fixa: “os créditos adicionais classificam-se em: I – suplementares, os destinados a reforço de dotação orçamentária; II – especiais, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica na lei orçamentária em vigor; III – extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevisíveis, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, formalmente reconhecidas.” A título de exemplo, oportuno mencionar que a LOA do Estado de Goiás para o exercício de 2009 (Lei n. 16.473/2009), no art. 9º, autoriza o Poder Executivo a “excluídos os casos previstos nesta Lei, abrir créditos suplementares, até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o total da despesa nela fixada.”

reserva de contingência.<sup>317</sup>

Nessa esteira é o pensamento de Krell (2002, p. 54), no sentido de que “o condicionamento da realização dos direitos econômicos, sociais e culturais à existência de ‘caixas cheias’ do Estado significa reduzir a sua eficácia a *zero*”, condenando os direitos sociais a “direitos de segunda categoria”.

Impende destacar, ainda, que no âmbito da reserva do possível fática ou financeira há que se preservar, via de regra, os direitos fundamentais de terceiros, haja vista que diante da escassez de recursos frente às recorrentes e ilimitadas demandas sociais exige-se a observância de um tratamento igualitário. Portanto, a “escassez obriga o julgador a atentar para o princípio da igualdade no momento de decidir pela demanda posta sob julgamento”, não se descurando, todavia, que o princípio da igualdade material exige um tratamento desigual quando existam fundamentadas razões para tanto, como quando a necessidade de uma pessoa seja maior em relação à outra em determinada situação (LEIVAS, 2006, p. 105-106).

Por todo o expendido, conclui-se que a reserva do possível fática não é obstáculo à efetividade do direito ao mínimo existencial, salvo total impossibilidade financeiro-orçamentária, objetivamente comprovada pela Administração Pública.

---

<sup>317</sup> A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000) determina, no inciso III do art. 5º, que a Lei Orçamentária Anual (LOA) deverá conter reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), destinada ao atendimento de “passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos”. Significa dizer que a reserva de contingência tem o objetivo de atender pagamentos inesperados, contingentes, que não puderam ser previstos durante a programação do orçamento. No âmbito desses conceitos, dada a sua amplitude, compreendem-se, inclusive, os débitos decorrentes de sentenças judiciais. Outro não é o entendimento que se deflui da lição de Aguiar (2004, p. 43-44), para quem a “reserva de contingência é uma dotação orçamentária que deve ser consignada no orçamento anual, de forma obrigatória, e tem por finalidade amparar aquelas despesas que, embora previsíveis, não foram previstas na LOA, e que, quando acontecidas durante a execução orçamentária, podem afetar o equilíbrio das contas públicas. [...] Serve ainda a reserva de contingência como fonte de recursos para abertura de Créditos Adicionais que se tornarem necessários durante o exercício financeiro”. Do exposto, permite-se inferir que a previsão de dotação a título de reserva de contingência é refratária à idéia de reserva do possível, oposta, em todos os casos, como defesa da Administração Pública para não conferir efetividade aos direitos sociais, uma vez que, como é possível manter-se a alegação de que não há dotação para atender determinada obrigação exigível por determinação judicial, se há a previsão na mencionada rubrica para tais casos? No Estado de Goiás, as últimas LDO’s, incluindo a referente ao exercício de 2009 (Lei n. 16.310/2008, art. 33), têm fixado a reserva de contingência no *percentual mínimo de 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida estimada para o exercício seguinte*. Tomando-se, a título de exemplo, o valor da receita corrente líquida prevista para 2009, tem-se: R\$ 8.516.126.500,00 (oito bilhões, quinhentos e dezesseis milhões, cento e vinte e seis mil e quinhentos reais); 5% desse montante corresponde a R\$ 425.806.325,00 (quatrocentos e vinte e cinco milhões, oitocentos e seis mil e trezentos e vinte e cinco reais). Valor extremamente expressivo, portanto (GOIÁS, Secretaria da Fazenda, 2010).

### 3.3.1.2.2 Jurídica

A reserva do possível jurídica, consoante asseverado, configura-se no poder de dispor dos recursos existentes por parte do Estado, guardando, pois, conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras. Este sentido tem, assim, estreita conexão com os arts. 165 e 167 da CF, em que se constata que as leis orçamentárias (plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual) dependem estritamente da iniciativa e do esforço dos Poderes Executivo e Legislativo.

Com efeito, considerando que a feitura das leis orçamentárias encontra-se no âmbito das funções dos Poderes Executivo e Legislativo e é por meio dessas leis que o planejamento dos gastos públicos e sua conseqüente execução são concretizados, o questionamento comumente feito é se a intervenção judicial nessa seara não estará afrontando a discricionariedade desses poderes e, via de conseqüência, violando o princípio da separação de poderes e o princípio democrático, haja vista que o Executivo e o Legislativo são os órgãos legitimados pelo voto popular para gerir a *res publica*. Nesse contexto, a reserva do possível jurídica diz respeito também à viabilidade de intervenção judicial no âmbito das políticas públicas. Pergunta-se: é a intervenção judicial juridicamente viável nesses casos? Ou, em outros termos, existe discricionariedade, administrativa ou legislativa, cujos atos revestidos de caráter exclusivamente político seriam defeso ao Poder Judiciário exercer o respectivo controle?

Essas questões encontram-se intimamente vinculadas. As próximas alíneas dedicam-se à análise, sob o enfoque da intervenção jurisdicional no que pertine ao poder discricionário e aos princípios democrático e da separação de poderes em face das políticas públicas,<sup>318</sup> levando-se em conta não somente o mínimo existencial como direito individual, mas sobretudo como direito coletivo, eis que “apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção” (BARCELLOS, 2007, p. 11).

Antes de prosseguir, é necessário deixar assentado que no exame dessas questões, como discricionariedade, políticas públicas, princípio democrático e da separação de poderes é investigado apenas um dos lados da moeda, que é a perspectiva do Poder Executivo, pois o foco do presente estudo é a maximização do alcance e da efetividade do mínimo existencial

---

<sup>318</sup> É mister destacar que os aspectos analisados até o momento em relação às objeções opostas à sindicabilidade dos direitos sociais também aplicam-se às políticas públicas.

extraível diretamente das normas constitucionais. Nesse contexto, interessa não a atuação (comissiva ou omissiva) do Poder Legislativo, mas sim, a omissão do Poder Executivo. Destarte, em que pese essas questões se relacionarem também com o Poder Legislativo não serão objeto de análise, por desbordarem dos limites deste trabalho.

a) intervenção jurisdicional e poder discricionário

Di Pietro (2001, p. 65; 75; 137) assevera que o fundamento da discricionariedade administrativa encontra-se no princípio da legalidade, observado que “está longe o tempo em que a discricionariedade era vista como poder puramente político”. Para a autora, a discricionariedade é poder jurídico, exercida nos lindes legais e ainda limitada por inúmeros princípios previstos de forma implícita ou explícita na Constituição. Destaca a jurista que o princípio da legalidade “adquire um conteúdo axiológico, que exige conformidade da Administração Pública com o Direito, o que inclui, não apenas a lei, em sentido formal, mas todos os princípios que são inerentes ao ordenamento jurídico do Estado de Direito Social e Democrático”. Continua “qualquer outra interpretação significa a perda da segurança jurídica essencial para proteger os direitos do cidadão em face do poder público”.

Na mesma senda, segue o pensamento de Freitas (2007, p. 8; 13; 24-25): “toda discricionariedade, exercida legitimamente, encontra-se, sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais”. Outrossim, a liberdade do administrador público somente se caracteriza como legítima desde que exercida em consonância com os ditames constitucionais e as regras infraconstitucionais. Fora dessa conformação “cristalizar-se-á, em maior ou menor grau, a desprezível e abominável arbitrariedade por ação ou por omissão”.

Dessa feita, aponta o autor os dois principais vícios no exercício da discricionariedade administrativa: a) vício da discricionariedade excessiva ou abusiva (arbitrariedade por ação), que ocorre quando o agente público opta por solução sem lastro ou amparo em regra válida; b) vício da discricionariedade insuficiente (arbitrariedade por omissão), hipótese em que o agente público deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce com inoperância e insuficiência, inclusive ao faltar com os deveres de prevenção e de precaução.

Neste último caso, encontra-se a situação do administrador público quando não confere cumprimento de forma satisfatória aos direitos sociais inscritos na Constituição Federal, sobretudo quando não efetiva o mínimo existencial, incorrendo em grave quebra do princípio da proporcionalidade. Assim, deve o agente público, no plano concreto, escolher as

melhores soluções que se enquadram no princípio da proporcionalidade em sentido amplo, eis que a virtude está no meio, evitando-se extremos, ou seja, “não se deve utilizar canhões para abater pardais” (JELLINEK *apud* FREITAS, 2007, p. 66).

Ressalta Freitas (2007, p.14), de outra face, que no exame da discricionariedade serão verificadas as condutas viciosas, em cujo cerne se encontram aquelas “impeditivas da promoção de políticas públicas endereçadas ao desenvolvimento harmonioso em matéria de renda, longevidade, educação e coexistência pacífica.”

Com efeito, desde que o agente público incida nos aludidos vícios,<sup>319</sup> que no caso do mínimo existencial refere-se à arbitrariedade por omissão, deve haver a intervenção jurisdicional para restabelecer a supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais. Apenas o mérito (conveniência e oportunidade) do ato administrativo é insindicável, não o seu conteúdo. A esse respeito Freitas (2007, p. 11) manifesta-se com lapidar clareza:

O Poder Judiciário não deve, no geral das vezes, determinar o conteúdo das escolhas públicas. Seria invasivo. Contudo, há situações excepcionais, nas quais pode ordenar, por exemplo, a indenização dos danos injustos causados pela omissão ou pela inércia no exercício de competência discricionária.

Ademais, ressalta Bandeira de Mello (2001b, p. 15-38) que no âmbito do poder discricionário será verificada a violação da norma de direito por vício de legitimidade, ensejando, pois, a correção jurisdicional, nos casos em que o Administrador Público não atenda com a máxima excelência possível<sup>320</sup> a finalidade estampada no comando normativo. Para tanto, reputa-se indispensável a eleição de opções logicamente idôneas para chegar à finalidade exigida. É o pensamento do jurista: “se o administrador houver praticado ato discrepante do único cabível, ou se tiver eleito algum seguramente impróprio ante o confronto com a finalidade da norma, o Judiciário deverá prestar a adequada revisão jurisdicional”, pois, nesta situação, terá desbordado da esfera discricionária.

---

<sup>319</sup> Os vícios da discricionariedade por excesso ou por omissão podem gerar a responsabilidade civil do Estado. Sobre o tema v. Freitas (2006) e Cahali (2007).

<sup>320</sup> O cumprimento da finalidade constante da norma com *a máxima excelência possível* tem a ver com o princípio da eficiência na atuação da Administração Pública. Inclusive há um conceito econômico de eficiência no sentido de que são introduzidos no mundo jurídico parâmetros relativos de aproveitamento ótimo de recursos escassos disponíveis para a realização máxima de resultados desejados. Demais disso, “a eficiência diz respeito ao cumprimento das finalidades do serviço público, de molde a satisfazer necessidades dos usuários, do modo menos oneroso possível, extraindo-se dos recursos nele empregados a maior qualidade na sua prestação” (GROTTI, 2003, p. 298-299).

b) intervenção jurisdicional e políticas públicas

No que concerne mais especificamente às políticas <sup>321</sup> públicas, Barcellos (2007, p. 16-30) entende que a construção de uma dogmática jurídica consistente, que viabilize o controle jurídico das políticas públicas no Brasil, depende do desenvolvimento teórico de ao menos três temas: a) a identificação dos parâmetros de controle; b) a garantia de acesso à informação; e c) a elaboração dos instrumentos de controle.

Em apertada síntese, pode dizer-se que em relação à identificação dos parâmetros de controle, a autora compreende que “é preciso definir, a partir das disposições constitucionais que tratam da dignidade humana e dos direitos fundamentais o que o Poder Público está efetiva e especificamente obrigado a fazer em caráter prioritário”; isto é, trata-se de construírem-se parâmetros constitucionais que viabilizem o controle. Dentre esses parâmetros, citam-se as vinculações constitucionais (v.g., saúde e educação). <sup>322</sup>

No que toca à garantia de acesso à informação, a jurista destaca que “a sonegação dos dados sobre receitas e despesas públicas inviabiliza os controles jurídico e político e nessa medida poderá exigir soluções jurídicas que assegurem, coativamente se necessário, o acesso à informação”.

No que pertine à elaboração de instrumentos de controle, “[...] envolve o desenvolvimento de conseqüências jurídicas a serem aplicadas na hipótese de violação dos parâmetros construídos, seja para impor sua observância, para punir o infrator ou para impedir que atos praticados em violação dos parâmetros produzam efeitos”.

De seu turno, Dias (2007, p. 22; 42-44), sob à luz sobretudo da teoria da justiça como equidade de Rawls, é enfático ao asseverar que o Judiciário deve intervir quando se

<sup>321</sup> Dworkin (2002, p. 36) entende por política “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deva ser protegido contra mudanças adversas)”. De seu turno, Valle (2009, p. 87), com base nas escolas sinópticas, identifica as seguintes fases de desenvolvimento das políticas públicas: a) reconhecimento do problema; b) formação da agenda; c) formulação da política pública; d) escolha da política pública a ser implementada; e) implementação da política pública eleita; e f) análise e avaliação da política pública executada.

<sup>322</sup> A título de exemplo, recorde-se que a Constituição Federal prevê a obrigatoriedade de vinculação de recursos orçamentários para áreas como saúde (art. 198, § 2º) e educação (art. 212), contribuindo para aplicação dos recursos em setores prioritários. Entrementes, Silva (2007, p. 101-102) denuncia que várias emendas constitucionais “de forma sorrateira, têm desviado o produto da arrecadação de várias vinculações constitucionais originárias, inclusive das contribuições especiais, comprometendo os direitos humanos de segunda dimensão”. Acrescenta o autor que a desvinculação das receitas orçamentárias começou com o Fundo Social de Emergência (EC de Revisão n. 01/1994); depois com o Fundo de Estabilização Fiscal (EC n. 10/1996 e EC n. 17/1997); com a Desvinculação das Receitas da União (EC n. 27/2000); e agora continua com o mesmo nome sob a égide da EC n.º 42/2003. Impende destacar, todavia, que a EC n. 59/2009 reduz anualmente o percentual da Desvinculação de Receitas da União (DRU) que incide sobre os recursos destinados à área da educação (12,5% no exercício de 2009, 5% no exercício de 2010 e nulo no exercício de 2011).

verificar a dessintonia entre políticas públicas<sup>323</sup> e direitos fundamentais, visto que “esse tipo de conflito reveste-se da forma de uma questão de direito que deve ser decidida com base em princípios”<sup>324</sup>, posto que para ele:

Nos casos de análise de uma política com base em violação a direitos fundamentais, tem-se exatamente o tipo de debate em que se constitui um caso difícil, porque não se pode desde o princípio definir antecipadamente que norma aplicar, nem tampouco o modo ou extensão de sua aplicação.

Portanto, configurando-se esse conflito como jurídico é plenamente justificada a intervenção do Judiciário. Para o jurista, não interessa o fato da formação das políticas não caber originariamente e diretamente ao Judiciário, e sim aos Poderes Executivo e Legislativo, uma vez que o controle judicial dessas políticas, ainda que em caráter derivado,<sup>325</sup> visa à preservação dos direitos, pois “[...] não se pode obscurecer o fato de que violações a direitos são e devem ser questões que integram a atuação do Poder Judiciário”.

Dias (2007, p. 48) adota a linha que admite a correção das políticas públicas não somente em casos individuais, mas de forma mais geral “capaz realmente de ajustar os objetivos eleitos aos direitos que todos os membros de uma comunidade possuem”.

Em idêntica senda, Valle (2009), ao longo de sua obra, realça o caráter instrumental das políticas públicas, em que a atuação estatal deve ter sempre em mira a coletividade de cidadãos e não a sua mera projeção na esfera de direito individual de um particular cidadão,<sup>326</sup> em consonância com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.<sup>327</sup>

Leivas (2006, p. 106), no mesmo diapasão, ressalta que, nada obstante caber primeiramente a fixação dos critérios para as escolhas que envolvam políticas públicas ao Legislativo e ao Executivo, o “Poder Judiciário pode e deve atuar, quando provocado, para avaliar a proporcionalidade dos critérios ou quando esses critérios inexistem ou são desconhecidos”, sendo recomendável nesses casos “a utilização de ações judiciais coletivas,

<sup>323</sup> Dias (2007, p. 56-68) parte do pressuposto de que as políticas públicas referem-se à distribuição de ativos sociais, como bens, serviços, oportunidades ou quaisquer outras possibilidades que possam ser de interesse aos membros de uma comunidade, tendo, ao longo do tempo, o escopo de corrigir eventuais desigualdades sociais.

<sup>324</sup> A proposta de Dias (2007, p. 125), para a decisão com base em princípios funda-se na ponderação (primeiro nível) e nos princípios de justiça equitativa mediante o uso da razão pública de Rawls (segundo nível).

<sup>325</sup> Dias (2007, p. 134) não defende um modelo onde o Judiciário “passe a promover a distribuição de bens sociais por si próprio, mas apenas que atue como controlador dos meios empregados pelas políticas”.

<sup>326</sup> Valle (2009, p. 145) esclarece a relevância jurídica de distinguir entre a tutela individual de direito fundamental e o controle de políticas públicas nos termos seguintes: “o controle de políticas públicas, se admitindo como possível, exige, repudia ou reprograma um quadro normativo de ação, para a sua adequação em relação à hétero e auto-vinculações que lhe sejam aplicáveis, a partir da constituição e dos elementos formadores da própria política pública controlada. Já a tutela individual de direito tem compromisso exclusivamente com a garantia em favor daquele que invocou a prestação jurisdicional, e é desenhada a partir das particularidades do caso concreto.”

<sup>327</sup> Sobre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais v. item 3.2.2.

em especial a ação civil pública, para que seja garantida a universalidade da decisão e seja evitada uma priorização apenas dos demandantes judiciais individuais”.

Moreira (2008, p. 132) reforça o entendimento de Leivas, no sentido de que as políticas públicas, caso entrem em conflito com princípios ou com elas mesmas, devem ser resolvidos por via da ponderação. Vale dizer que as soluções propostas para os conflitos referindo-se ao mínimo existencial como um direito individual devem ser igualmente utilizadas para o caso da efetivação do mínimo existencial ser proposta por meio de políticas públicas, envolvendo direitos coletivos, da comunidade.

Observado, por outro lado, que as políticas públicas se entrelaçam com as consequências democráticas da sua elaboração e com a estruturação das funções estatais, merecem estes temas um tratamento mais aprofundado.

Dessa forma, Dias (2007, p. 88) traz a lume os dois modelos mais abrangentes de democracia: a constitucional e a procedimental. Neste segundo modelo, não é estabelecido qualquer limite ao conteúdo que uma norma pode veicular, desde que os procedimentos da produção da norma tenham sido atendidos. Verifica-se que esta é uma acepção típica do positivismo kelseniano. Na primeira concepção, interessa o conteúdo das normas, eis que elas têm que estar em sintonia com os direitos e liberdades fundamentais. Guarda este último entendimento, portanto, harmonia com a teoria neoconstitucionalista e, nesse diapasão, seria antidemocrática qualquer decisão que objetivasse a violação aos direitos fundamentais, ainda que se almejasse reconhecer e proteger a soberania popular. No caso das políticas públicas significa que as leis orçamentárias que contém o seu planejamento devem estar em sintonia com os direitos fundamentais.<sup>328</sup>

---

<sup>328</sup> Apresenta-se como marco no reconhecimento do controle judicial de políticas públicas envolvendo direitos sociais e o mínimo existencial a ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, em que pese as considerações nela apresentadas terem sido expandidas no bojo de decisão monocrática, de cunho meramente terminativo, de extinção do processo por perda do objeto. Chama a atenção o fato de tratar-se de ADPF promovida contra veto presidencial sobre dispositivo da Lei de Diretrizes Orçamentárias que buscava garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde, em consonância com a EC nº 29/2000. Como o Presidente apresentou, posteriormente, projeto de lei alterando a LDO com o mesmo teor do dispositivo vetado, a ADPF perdeu o seu objeto. Contudo, há diversas passagens da decisão que merecem ser transcritas, mesmo porque elas têm sido reiteradamente mencionadas em julgamentos posteriores da Corte. Embora extenso, transcrevem-se, pela relevância, os seguintes trechos: “a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC n. 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas [...], sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional. [...] O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental.

Argumenta-se, ainda, que as políticas públicas dependem de escolhas, no bojo das quais encontram-se os interesses sociais, e que somente estão instrumentalizados, para decidir sobre as melhores opções, os poderes que se legitimam pela aprovação popular manifestada por meio do voto. Dias (2007, p. 100; 133; 144) refuta este argumento, alegando que “nos modernos sistemas eleitorais, a relação entre o eleitor e seu candidato tem pouca ou nenhuma importância na formulação de políticas”. Hoje se encontra pacificamente reconhecido que “as políticas decorrem diretamente da organização de grupos capazes de cooptar os meios de comunicação e mobilizar grupos de influência que têm pouca ou nenhuma relação com o efetivo sistema de identificação de demandas sociais”. Demais disso, informa o jurista que, como no processo judicial todos estão cobertos pelas mesmas regras, não há perigo de quebra pela sentença judicial do princípio da igualdade, como sói acontecer quando as escolhas são feitas em decorrência do processo eleitoral.

Com propriedade, Barcellos (2007, p. 14) inclui um importante ingrediente neste debate, no sentido de que “os agentes públicos agem por delegação da população como um todo em seu favor, devendo prestar contas de suas decisões”. Dessa forma, a delegação

---

[...] A omissão estatal, que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. [...] É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...], pois, neste domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras, inscritas no texto da Carta Política ‘não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado’. [...] Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ [...], notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. [...]. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como seqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. [...]”

envolvida na representação política não é absoluta, não se cuidando de um “cheque em branco que admite qualquer tipo de decisão ou conduta por parte do representante”.

Não se pode olvidar, ademais, consoante alerta Valle (2009, p. 50-79; 158), que a constitucionalização<sup>329</sup> das políticas públicas exige uma postura ativa da Administração na busca de um ideal finalisticamente orientado à maximização do respeito à dignidade da pessoa humana. Tal postura deve estar sob o controle de um agente externo àquele que formula e implementa as políticas, sob pena de total desconsideração dos postulados de um Estado democrático de direito. Ressalta, todavia, a jurista que a dificuldade está em estabelecer os parâmetros objetivos confiáveis na juridicalização das políticas públicas, mas indica como solução do conflito o “controle judicial da proporcionalidade”, com o respectivo consectário do “ônus argumentativo” por parte do titular do direito.

Valle (2009, p. 99-102) aponta, de outra parte, ao lado do déficit democrático do Judiciário no controle das políticas públicas, deficiências funcionais desse poder. Nesta última situação, a autora a relaciona com a ausência de *expertise*<sup>330</sup> nas áreas técnicas que possam influir ou determinar as políticas públicas.

Quanto ao princípio da separação de poderes,<sup>331</sup> Canotilho (2003, p. 250) destaca que este possui duas dimensões complementares: a) dimensão negativa: a separação como

<sup>329</sup> Moreira (2008, p. 134) cita alguns exemplos de constitucionalização da política, como as reforma política, tributária, eleitoral, previdenciária, incluídas no texto constitucional mediante emendas constitucionais.

<sup>330</sup> É de Valle (2009, p. 138) a observação de que atualmente tem havido uma maior abertura dialógica do STF, seja através de procedimentos com a admissão de *amicus curiae*, seja através de iniciativas como Audiência Pública convocada pela Presidência em favor do municiamento de informações orientadoras às decisões no âmbito de sua competência regimental. Cita-se, a título de exemplo, procedimento com a admissão de *amicus curiae* no Recurso Extraordinário n. 566.471/RN, em que o Estado do Rio Grande do Norte se volta contra o seu Tribunal de Justiça pelo desprovimento do apelo contra decisão de primeiro grau que determinava a obrigação de fornecimento de medicamento de alto custo. Inobstante tratar-se de demanda relacionada à tutela individual de saúde foi reconhecida a repercussão geral, tendo sido protocolizados, na seqüência, 9 (nove) pedidos de ingresso como *amicus curiae*, de pessoas jurídicas de direito público e entidades representativas de segmento da sociedade civil, sendo 7 (sete) deles deferidos pelo Min. Rel. Marco Aurélio (RE n. 566.471 – RN. Decisão Monocrática. Repercussão Geral. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15/11/2007, DJ 07/12/2007). Quanto ao procedimento envolvendo audiência pública, cita-se o Despacho de Audiência Pública de 5/03/2009, subscrito pelo Presidente Min. Gilmar Mendes, envolvendo, na área da saúde, diversos pedidos de Suspensão de Liminar, Suspensão de Tutela Antecipada e Suspensão de Segurança, em trâmite no âmbito da Presidência (AgR nas SL n.s 47 e 64; nas STA n.s 36, 185, 211 e 278 e nas SS n.s 2361, 2944, 3345 e 3355), os quais objetivam suspender medidas cautelares que determinam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS, como fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTI; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias; custeio de tratamentos fora do domicílio e de tratamentos no exterior. Informe-se que na Audiência Pública convocada, o Min. Gilmar Mendes ouviu 50 (cinquenta) especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. À exceção da STA n. 185, que foi arquivada pela perda superveniente de seu objeto, as demais ações encontram-se pendentes de julgamento.

<sup>331</sup> A separação de poderes, como princípio estrutural da organização do poder político, tem em vista a repartição horizontal, que se refere à diferenciação funcional entre órgãos (legislação, execução e jurisdição) e a repartição vertical, que se refere à delimitação das competências e às relações de controle segundo critérios

divisão, controle e limite do poder; b) dimensão positiva: a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas.<sup>332</sup>

Adverte Temer (2000, p. 120), de outra parte, que “cada órgão do Poder exerce, preponderantemente, uma função, e, secundariamente, as duas outras. Da preponderância advém a tipicidade da função; da secundariedade, a atipicidade”, destacando-se o fato de que estas funções não são estanques ou exclusivas, porque o sistema atual não prescinde de um sistema de *freios e contrapesos*,<sup>333</sup> no qual é permitido aos poderes interferirem na função um do outro, com o fim de limitarem-se e controlarem-se reciprocamente, impedindo a supremacia de um poder pelo outro e buscando alcançar um ponto de equilíbrio do poder estatal frente aos membros da sociedade.

Com efeito, o necessário controle recíproco entre os poderes provoca “interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro, e especialmente dos governados” (SILVA, 2006, p. 44). Sob essa perspectiva, em que são postos em posições antagônicas o princípio da separação de poderes e os direitos fundamentais, nota-se o aspecto instrumental do primeiro em relação aos objetivos sociais buscados pelo sistema constitucional pátrio.

Dessa forma, quando as atuações omissivas ou comissivas da Administração Pública concernentes às políticas públicas violam os direitos fundamentais dos cidadãos, torna-se legítimo o controle pelo Judiciário dessa atuação insuficiente ou excessiva, não

---

fundamentalmente territoriais (competências da União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O presente enfoque trata da repartição horizontal dos poderes (CANOTILHO, 2003, p. 556).

<sup>332</sup> A dimensão negativa do princípio da separação de poderes enquadra-se na visão de Montesquieu e à qual se pode chamar de rígida, em que pese Canotilho (2003, p. 114) alertar para o fato de que consiste em um mito o modelo teórico proposto por Montesquieu (2000) ser “reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados”. Contudo, ainda que seja mitigada a rigidez da teoria original da separação de poderes, não se pode descurar que na época de Montesquieu (1689-1755), em que vigorava ainda o regime absolutista francês, justificava-se o entendimento da separação rígida dos poderes, com vistas ao combate do absolutismo estatal e à proteção da liberdade individual. Nessa esteira, segue o posicionamento de Bonavides (2001, p. 142) em relação ao prestígio auferido pelo princípio da separação de poderes na doutrina constitucional do liberalismo “como garantia das liberdades individuais ou mais precisamente como penhor dos recém-adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao antigo poder das realezas absolutas”. Entrementes, nos dias atuais essa rigidez não mais se justifica, realçando-se, assim, a dimensão positiva do princípio. Canotilho (2003, p. 556-557) ensina que o princípio da separação de poderes e a interdependência que deve haver entre os poderes “não é um esquema constitucional rígido mas apenas um princípio organizatório fundamental. Como tal, não há que perguntar pela sua realização estrita nem há que considerá-lo como um dogma de valor intemporal.”

<sup>333</sup> O sistema de freios e contrapesos, que corresponde ao *checks and balances* dos norte-americanos, embasa-se no princípio da harmonia entre os poderes constante do art. 2º da CF. Significa que não deve haver o domínio de um poder pelo outro, nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que entre eles há de haver consciente colaboração e controle recíproco, para evitar distorções e desmandos (SILVA, 2006, p. 45).

havendo que se falar em afronta ao poder discricionário ou aos princípios democrático e da separação de poderes.

Impende, outrossim, pontuar que a tutela jurisdicional é mais premente quando se cuida do mínimo existencial – cuja essencialidade do direito invocado, caso não atendido, pode provocar um dano grave ao indivíduo –, salvo impossibilidade absoluta do Estado cabalmente demonstrada.

Diante do exposto, deflui-se que o poder discricionário encontra limites na própria lei e nas normas constitucionais. Se o agente público em sua função administrativa desbordar de tais limites incidirá em vício, que pode ocorrer mediante ação ou omissão, sujeitando-se, por conseguinte, à intervenção jurisdicional. Em relação às políticas públicas ocorre da mesma forma. Desta feita, se as políticas públicas afrontarem as normas, legais ou constitucionais, atingindo os direitos fundamentais, desencadeará entre esses direitos e as políticas públicas um conflito jurídico, em cujo âmbito tem o Poder Judiciário a competência para oferecer a respectiva solução. Estará, assim, o Judiciário atuando de maneira legítima, dentro das fronteiras de suas funções constitucionalmente autorizadas, não sendo ocioso remarcar que não estará havendo nestes casos violação do princípio democrático ou do princípio da separação de poderes.

Na feliz declaração de Dias (2007, p. 99), “[...] o controle judicial, assim, manifesta-se como uma salvaguarda institucional, a fim de garantir a existência de um modo de vida capaz de respaldar os direitos fundamentais dos cidadãos que integram uma sociedade”.

É perceptível, com efeito, que o controle judicial das políticas públicas se adéqua perfeitamente à teoria neoconstitucionalista, haja vista que, ao corrigir os rumos das escolhas implementadas ou determinar um *facere* em relação à atuação omissiva inconstitucional, dirige as metas políticas dos governantes e salvaguarda a Constituição.

### 3.3.1.3 Violação do princípio democrático e do princípio da separação de poderes

Neste caso, o fundamento das restrições à sindicabilidade do mínimo existencial por violação do princípio democrático e do princípio da separação de poderes assenta-se na estrutura das normas das quais é extraído o conteúdo desse direito, cujo caráter é programático e principiológico.

Dessa feita, como as normas constitucionais, das quais é extraído o conteúdo do mínimo existencial, têm cunho notadamente principiológico, a sua interpretação demanda uma atividade integradora e não meramente interpretativa, alheia, portanto, à típica função do Judiciário que é dizer o direito no caso concreto, a partir da norma posta, usurpando a função do Poder Legislativo e, de conseqüência, violando o princípio da separação de poderes.

Nessa conformidade, como o Judiciário depende para sua atuação das regras positivadas pelo Legislativo, que é o poder legitimado pela vontade popular, ao “inovar” a ordem jurídica criando a norma para o caso concreto, estará afrontando, também, o princípio democrático.

Oliveira (2006, p. 148), ao discorrer sobre o princípio da separação de poderes e a jurisdição constitucional, traz à luz a preocupação que se encontra subjacente à questão da interpretação constitucional, especialmente com referência à interpretação como concretização, que é o ativismo judicial que redundaria em uma ilegítima usurpação da função legislativa. Assim, o grande receio atual encontra-se na delimitação da jurisdição constitucional, evitando que ela não venha a se substituir aos órgãos representantes da maioria, passando a criar normas constitucionais.

Oliveira (2006, p. 151), citando Habermas, informa que “com o Estado Social, a ‘materialização do direito’ que faz perpassar a Constituição de normas de princípio, exige uma interpretação construtiva do caso concreto [...]”. Tal exigência contribuiu para “o crescimento da atuação do poder judicial e do espaço da decisão judicial, que ameaçaria o equilíbrio de poderes.”

Pelo exposto, constata-se que a preocupação com o ativismo judicial tem como pano de fundo a mudança de paradigma do direito, passando do positivismo para o neoconstitucionalismo. Na ótica positivista, a atuação do Judiciário, em suas decisões, deve se pautar pela lei ou regra posta, dizendo o direito no caso concreto. Já a postura neoconstitucionalista, ao assumir a existência de valores no âmbito do direito, conferindo força normativa aos princípios, adotou uma nova ordem metodológica de interpretação constitucional, eis que o método subsuntivo mostrou-se insuficiente para concretizar a Constituição, notadamente nos casos difíceis.<sup>334</sup>

Valle (2009, p. 21) descreve com acuidade a relação atual existente entre Estado e sociedade no constitucionalismo contemporâneo: “transpondo valores e projeto para o corpo da constituição, juridicizam-se áreas do viver social até então excluídas da órbita de

---

<sup>334</sup> Neste ponto, vai uma crítica ao positivismo jurídico, vez que ele, nos casos difíceis, abre espaço para o julgador atuar de forma discricionária. Vale dizer, o seu método interpretativo não confere tanta segurança jurídica como propugnado pelos seus defensores.

incidência desse texto”, destacado que a constitucionalização do direito deslocou o “seu foco principal para um horizonte de valores, e outras ferramentas que vem à reboque da centralidade da pessoa como finalidade última da organização do convívio”.

Por certo, que não se pode pensar em um ativismo judicial<sup>335</sup> exacerbado. Nem tampouco em uma teoria neoconstitucionalista extremada. Inclusive, quando se discorreu sobre esta teoria, restou claro que este estudo adota um neoconstitucionalismo moderado. Isso porque uma interpretação criativa ou integradora em sua forma extremada poderia conduzir ao arbítrio dos juízes, visto que eles se sentiriam livres para decidir conforme as suas próprias pautas subjetivas,<sup>336</sup> situação, aliás, que vai de encontro aos fins do neoconstitucionalismo que é conferir destacada importância à justiça da decisão.

Desse modo, no bojo de uma teoria neoconstitucionalista moderada, o receio de ativismo judicial exacerbado não tem razão de ser. Mesmo porque existem mecanismos limitativos da jurisdição constitucional, os quais restringem o campo interpretativo/aplicativo do direito, como a doutrina das questões políticas e o princípio da auto-limitação judicial<sup>337</sup> (*political question doctrine* e *judicial self-restraint*), que determinam a limitação dos juízes à decisão de questões jurídicas, objetivando que a jurisdição constitucional não se transforme numa jurisdição política, não cabendo à corte a manifestação sobre vícios de mérito; o princípio da interpretação em conformidade com a constituição, que determina que uma lei ou tratado só podem ser declarados inconstitucionais quando não possam ser interpretados conforme a Constituição; o princípio da interpretação adequada, que determina que se privilegie, no controle de constitucionalidade, a declaração de nulidade parcial das leis, evitando-se a fixação de nulidade *ipso jure*; princípio da congruência, que determina a

<sup>335</sup> É de Moreira (2008, p. 132) a afirmação de que o “ativismo judicial foi a postura adotada nos Estados Unidos em meados do século XX, que introduziu uma série de mudanças no estado social, cultural e econômico, a partir das decisões da Suprema Corte, que culminou com a autorização do aborto nos anos 70 (Roe vs. Wade). O ativismo defende que os juízes devem adotar uma postura crítica, construtiva, impondo resultados. O ativismo judicial não é escolher a vontade do intérprete, mas de completar a obscuridade, a lacuna do legislador, maximizando a vontade constitucional e concretizando os direitos fundamentais, em todos os espaços possíveis, inclusive nas lacunas legislativas. Já faz tempo que se percebeu que a omissão também produz inconstitucionalidade. [...] Os juízes adeptos do ativismo judicial normalmente impõem a barreira da responsabilidade ética nos padrões sociais e governamentais. São acusados de enfraquecer a barreira da democracia majoritária, por se usurparem de funções criadoras”.

<sup>336</sup> Pautas subjetivas de decisão, a par de não conferirem segurança ao sistema jurídico, ignoram a justiça do caso concreto e priorizam as crenças e ideologias pessoais do julgador, afrontando o seu dever de imparcialidade. É de Trujillo (2006, p. 463-464) a afirmação de que “imparcialidade e justiça, na experiência jurídica, estão intimamente unidas. Sem chegar a uma superposição de significados, pode-se sustentar que a imparcialidade é *conditio sine qua non* da justiça, no sentido de que é difícil pensar em um resultado justo que não seja imparcial”. Ressalta, ademais a autora, que “a imparcialidade é característica da justiça distributiva em sentido aristotélico – Ética a Nicômaco – Livro V”.

<sup>337</sup> O *judicial self-restraint*, originado da Suprema Corte americana que lhe permite evitar as questões preponderantemente políticas, foi citado a título ilustrativo, haja vista que a CF/88 não autoriza a sua aplicação. Inclusive esta teoria vai de encontro às idéias propugnadas pelo neoconstitucionalismo (FERREIRA FILHO, 2003, p. 214).

correspondência entre o pedido e a decisão, e esta deve estar em conformidade com as razões ou fundamentos invocados; princípio da fundamentação, que determina que as sentenças do Tribunal Constitucional devem ser convenientemente motivadas (CANOTILHO, 2003, p. 1.308-1.325).

Demais disso, Hesse (2009, p. 117) destaca a prioridade que deve ser sempre concedida à interpretação gramatical e sistemática, isso porque o texto da norma funciona como um limite à formação de decisões admissíveis, ainda que sua capacidade seja puramente limitativa. Portanto, “para uma interpretação constitucional que parte da primazia do texto, é este último o limite inultrapassável da sua atuação”.

Face ao exposto, desde que se adote uma perspectiva neoconstitucionalista moderada, a interpretação concretizadora das normas principiológicas veiculadoras de direitos fundamentais não afrontará, via de regra ou *ipso facto*, os princípios democrático e da separação de poderes.

### 3.3.2 O papel do Poder Judiciário na efetivação do mínimo existencial

Demonstrado que os obstáculos oponíveis à judicialização dos direitos fundamentais e, particularmente, do direito ao mínimo existencial podem ser refutados mediante a apresentação de argumentos de relevo, pergunta-se, então, qual deve ser a postura do Judiciário na implementação dos direitos fundamentais.

Dias (2007, p. 98; 135), analisando o papel do Judiciário sob a ótica de Rawls, entende que a sua atividade não se resume a uma ação defensiva, mas deve haver protagonismo por parte do Judiciário, quando as questões levadas à sua apreciação tiverem relação com temas constitucionais relevantes. Vale dizer que o Judiciário, não de forma exclusiva, constitui-se em um fórum adequado para a discussão de tais temas. E não se postula um protagonismo absoluto, “representando uma tirania dos juízes, mas sim que seja um efetivo contrapeso à função desempenhada pelos demais poderes, considerando os direitos fundamentais que os cidadãos possuem”.

É compatível com a essência da Constituição que o Poder Judiciário atue na omissão dos demais poderes, haja vista que as normas constitucionais não podem se mostrar como promessas vãs, em que o seu cumprimento ou não fique à mercê da vontade dos governantes do momento. Ademais, é importante a atuação do judiciário, pois ele pode colaborar, de forma pedagógica e esclarecedora, na fixação do alcance das normas

correlacionadas ao mínimo existencial, à medida que vai construindo os parâmetros de uma interpretação das normas constitucionais sobre os direitos sociais e sobre o princípio da dignidade humana. Destarte, a partir das decisões judiciais é possível prever o que se pode esperar do alcance do mínimo existencial e, assim, nessa conformidade, podem os demais poderes atuar, evitando futuras omissões.

Entretantes, deve ressaltar-se, com fulcro em Moreira (2008, p. 135), que o Judiciário não deve elaborar políticas públicas substituindo as funções dos poderes legitimados para tanto, mas deve corrigir os rumos das políticas que não estejam em conformidade com a Constituição Federal, com os seus fins ou com o princípio da eficiência.

Calha citar, nesse passo, o pensamento de Dworkin (2003, p. 265) acerca da decisão parcimoniosa da Suprema Corte no caso *Brown*,<sup>338</sup> no sentido de que se o Judiciário atuar de forma muito agressiva, alterando abruptamente construções sociais consolidadas, corre o risco de não ter suas decisões cumpridas, comprometendo, assim, o seu poder de proteger as minorias e fazer cumprir os direitos constitucionais no futuro.

De sorte que a atuação do Poder Judiciário deve encontrar a justa medida, o meio termo, não devendo se manter passivo ante as questões de relevo levadas à sua apreciação, nem tampouco adotando um ativismo judicial exacerbado que, fulcrado na “tirania dos juízes”, sequer guarde o devido acatamento pela Lei Fundamental.

### 3.3.3 Síntese do estudo das restrições

Este estudo acolhe a concepção do mínimo existencial dedutível das normas constitucionais, sobretudo principiologias, referentes aos direitos sociais e ao princípio da dignidade humana. Nesse sentido, o mínimo existencial representa um direito *prima facie*, cujo direito definitivo será alcançado no âmbito de um caso concreto por meio da aplicação da máxima da proporcionalidade em sentido amplo, onde princípios colidentes são ponderados.

A partir da adoção da teoria ampla do tipo normativo (ampliação do conteúdo do direito *prima facie*) e da teoria externa dos direitos fundamentais (necessária distinção entre direito *prima facie* e direito definitivo), os direitos fundamentais sociais e, por conseguinte, o

---

<sup>338</sup> Escolares pleitearam, em 1954, a inconstitucionalidade de toda a segregação racial nas escolas, com base na Décima Quarta Emenda, que declara que nenhum Estado pode negar a ninguém “igualdade perante a lei”, tendo a Corte acatado o pleito, não ordenando, porém, que as escolas abolissem imediatamente a segregação, mas apenas “a toda velocidade adequada”. Em que pese ter havido severas críticas a essa expressão, tornando-a um emblema de hipocrisia e demora, Dworkin entende que se esta decisão tivesse sido prolatada de maneira peremptória poderia ter provocado, à época, mais transtornos sociais.

mínimo existencial, somente serão restringidos se, após a análise da proporcionalidade em sentido estrito, concluir-se que os chamados princípios formais (princípios democrático e da separação de poderes) e os princípios materiais (v.g., os direitos fundamentais sociais de terceiros) apresentarem-se como mais relevantes no caso concreto, segundo a lei da ponderação, que os próprios direitos fundamentais sociais (LEIVAS, 2002, p. 95).

Demais disso, a reserva do possível genérica que representa “aquilo que o indivíduo pode esperar razoavelmente da sociedade” significa que “o indivíduo alcança um direito definitivo caso os outros direitos fundamentais, em colisão com o direito fundamental social que lhe assiste, não tenham peso suficientemente alto para restringir o seu direito fundamental” (LEIVAS, 2002, p. 99).

Portanto, infere-se que os direitos fundamentais sociais podem tornar-se direitos definitivos caso não sejam restringidos. O alcance do mínimo existencial, assim, vai até onde não encontra restrições. Esta assertiva remete à teoria externa das restrições e ao preceito da proporcionalidade em sentido estrito, particularmente sob a forma da proibição da não-suficiência.

Impende ressaltar, ainda, que no caso do mínimo existencial ser dedutível do princípio da dignidade humana, ainda que se possa afirmar que dificilmente outro princípio terá precedência sobre ele, poderá haver situações em que, dada as circunstâncias especiais do caso concreto, poderá ele ter menor peso e ser suplantado por outro princípio colidente, mesmo porque não há nenhum princípio absoluto.<sup>339</sup>

---

<sup>339</sup> Para Alexy (2008, p. 111-114), a norma deduzida do princípio da dignidade humana tem a tipologia de regra e princípio, observado que “sua natureza de regra pode ser percebida por meio da constatação de que não se questiona se ela prevalece sobre outras normas, mas tão-somente se ela foi violada ou não”. Adverte, contudo, que em face da abertura da norma da dignidade humana, não há uma resposta geral, devendo-se levar em conta as circunstâncias específicas de um dado caso concreto. No intuito de melhor esclarecer a estrutura da norma deduzida do princípio da dignidade humana, o autor cita como exemplo da decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre a interceptação telefônica. Como esta medida exclui a proteção judicial há que se questionar se ela fere o princípio da dignidade humana, ou, se ao contrário, existem razões que a justificam, destacado que no âmbito deste questionamento inevitavelmente será aberto espaço para o sopesamento. Dessa forma, mediante o sopesamento entre princípios colidentes, que *in casu* são os princípios da dignidade humana e a própria existência do Estado ou da ordem democrática, é fixado a precedência de um deles. Haverá a precedência do princípio da própria existência do Estado ou da ordem democrática, “se a exclusão da proteção judicial não é motivada por uma desconsideração ou uma depreciação da pessoa humana, mas sim por uma necessidade de manter em segredo as medidas que sirvam para a proteção da ordem democrática e para a própria existência do Estado”. Contrariamente, haverá precedência do princípio da dignidade humana, caso a exclusão da proteção judicial tiver como motivação uma desconsideração ou uma depreciação da pessoa humana, ou seja, quando não houver razões justificadoras da adoção da medida restritiva. Conclui o autor que esta situação pode ser generalizada da forma seguinte: “se no nível dos princípios a dignidade humana tem precedência, então, ela foi violada no nível das regras” e arremata “por isso, é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de precedência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana”. Grosso modo, infere-se que se sopesam princípios contrapostos para encontrar o conteúdo da regra.

Por outro lado, é mister destacar que o neoconstitucionalismo constrói um círculo virtuoso em que a influência da Constituição sobre as relações políticas (judicialização da política) manifesta-se mediante a possibilidade de controle judicial das políticas públicas determinadas pela Constituição (MOREIRA, 2008, p. 129).

Pelo exposto, é imperioso concluir que os mencionados obstáculos – observadas as particularidades estudadas relativas a cada um deles – não podem restringir o conteúdo ou a efetividade do mínimo existencial. Entrementes, permanece a questão central a ser respondida por este estudo: qual o alcance do mínimo existencial? Na verdade, estes obstáculos ou restrições são responsáveis pela fixação do alcance do mínimo existencial, bem como dos limites tensionais que separam a maximização do mínimo existencial, de um lado, e a otimização dos direitos sociais, do outro. Vale dizer que, onde começa a otimização dos direitos sociais, termina a maximização do direito ao mínimo existencial.

Ressalte-se, todavia, que os direitos sociais otimizados de hoje devem representar, no futuro, o mínimo existencial, ou seja, consoante Torres (2009, p. 121), “no Estado Democrático de Direito impõe-se a garantia do mínimo existencial em sua dimensão máxima”, acrescente-se, em um processo prospectivo e permanente em que não sejam admitidos retrocessos sociais.

### 3.4 Modelo Maximizador da Efetividade do Mínimo Existencial: Diretrizes e Parâmetros

Ante o exposto ao longo deste estudo, é possível extrair algumas linhas mestras ou diretrizes de natureza informativa e interpretativa com o intuito de, no âmbito de uma decisão judicial, maximizar a efetividade do direito ao mínimo existencial com fulcro nas normas correlatas insculpidas no texto constitucional, haja vista que é pretensão da presente investigação demonstrar que, independentemente da *interpositio legislatoris*, é possível extrair diretamente das normas constitucionais variados graus de sua efetividade. Em outros termos, pode estatuir-se que almeja-se, no caso concreto, a obtenção do maior alcance possível da abrangência e concretização<sup>340</sup> do conteúdo do mínimo existencial, a partir das normas constitucionais,

---

<sup>340</sup> Esta assertiva encontra-se em íntima correlação com a *eficácia otimizadora* dos princípios proposta por Moreira Neto (2008a, p. 89), que “[...] consiste em orientar a interpretação dos preceitos e dos atos concretos que conformam uma ordem jurídica, no sentido de dar a mais ampla, profunda e completa aplicação possível a seu conteúdo de valor.”

Ademais, postula-se a compreensão do direito a partir de seu envolvimento com a moral e os valores, com a teoria e a práxis, pois que “[...] o direito não está imune ao pensamento que move o mundo” (STRECK, 2010, p. 28).

De outra parte, ressalte-se que, longe da pretensão de completude ou perfeição, o modelo sugerido – de índole neoconstitucionalista em que se propõe uma alternância entre a teoria integrativa de Dworkin e a teoria dos princípios de Alexy – pretende servir como parâmetro à decisão do Supremo Tribunal Federal relacionada ao mínimo existencial. Em suma, intenta-se engendrar um *modelo teórico referencial* que sirva de contraponto para a elaboração de uma crítica em relação à decisão do Supremo Tribunal Federal que tem correlação com o mínimo existencial, na área da educação.

Este modelo é dividido em duas partes, compreendendo as diretrizes gerais e as diretrizes específicas. As diretrizes gerais representam questões prévias e concomitantes à fase interpretativa/aplicativa e correspondem a um *plus* informativo à aludida fase, objetivando auxiliar na fixação do alcance, que seja o mais amplo possível, do direito ao mínimo existencial.

No que concerne às diretrizes específicas, que somente são utilizadas na fase interpretativa/aplicativa, busca-se a utilização de forma alternada, a depender das particularidades do caso concreto, da teoria construtiva de Dworkin e da teoria dos princípios de Alexy. São utilizadas, a título complementar, as técnicas interpretativas do modelo clássico, bem como os princípios de interpretação constitucional.

Reitere-se que, após a elaboração do modelo ora em pauta, busca-se cotejá-lo com a decisão da Excela Corte na área de educação, viabilizando-se, em decorrência, uma análise crítica comparativa, por meio da perquirição, em última instância, se esta decisão tem adotado uma postura exigida pelo neoconstitucionalismo e se tem esta buscado ou não, e até que ponto, conferir concretude às normas constitucionais que têm conexão com o mínimo existencial.

Assim, objetiva a crítica comparativa, ora proposta, responder às seguintes indagações:

- a) o STF extrai o conteúdo do direito ao mínimo existencial a partir das normas constitucionais? Se positiva a resposta, a partir de que normas constitucionais o STF extrai esse conteúdo?
- b) qual é o conteúdo do mínimo existencial na compreensão do STF relativamente ao caso examinado?

- c) está o STF conferindo normatividade e, conseqüentemente, efetividade, às normas constitucionais principiológicas e programáticas concernentes ao mínimo existencial?
- d) o STF considera o direito ao mínimo existencial um direito subjetivo público e, por isso, plenamente justiciável?
- e) o STF confere efetividade às políticas públicas que têm correlação com o mínimo existencial?
- f) quais as restrições admitidas pelo STF quando da interpretação/aplicação do conteúdo do mínimo existencial?

Desta feita, as principais diretrizes observadas no decorrer desta pesquisa, são explicitadas como diretrizes gerais e diretrizes específicas, as quais são tratadas em seqüência.

#### I - Diretrizes Gerais:

a) a Constituição Federal de 1988 é um *sistema aberto de regras e princípios* e os métodos interpretativos, de índole neoconstitucionalista e que postulam a força normativa dos princípios, formam um cenário adequado para a maximização da efetividade de suas normas;

b) o mínimo existencial, como direito dedutível das normas constitucionais veiculadoras de direitos sociais e do princípio da dignidade humana, de caráter principiológico, igualmente demanda, para a potencialização de sua efetividade, métodos interpretativos de índole neoconstitucionalista;

c) o alcance do mínimo existencial deve ser fixado no âmbito de um processo judicial, quando da formulação da norma de decisão, a qual confere solução ao caso;

d) o alcance do mínimo existencial, a ser fixado no âmbito de uma decisão judicial, enquadra-se como um *hard case*, mercê da indeterminabilidade de seu conteúdo;

e) o neoconstitucionalismo impõe um novo paradigma hermenêutico, especialmente devido à reaproximação entre Direito e Moral, à inserção do método de interpretação especialmente constitucional e à centralidade dos direitos fundamentais, incorporando os avanços da filosofia da linguagem, da hermenêutica filosófica, da teoria da argumentação e do discurso racional;

f) a conexão do direito com a moral é expressa por meio dos princípios constitucionais, que servem como pautas morais e jurídicas para a correção dos argumentos jusfundamentais;

g) o neoconstitucionalismo não defende uma pureza metodológica, mas sim o uso, desde que argumentativamente justificado, das metodologias mais aptas a apoiar e a tornar efetivo o texto constitucional;

h) os atributos dos direitos fundamentais, que incidem sobre o mínimo existencial, contribuem de maneira relevante para a efetividade desses direitos. São eles: a imprescritibilidade, a limitabilidade, a constitucionalização, a inerência, a indivisibilidade e a interdependência e a aplicabilidade imediata;

i) a norma, como resultado da interpretação, deve ser mais ampla que o correspondente texto ou enunciado normativo, objetivando-se o exacerbamento da força expansiva do texto constitucional, ainda que o texto limite a concretização e não permita a decisão em qualquer direção, uma vez que a interpretação não pode ser tratada como um problema meramente “[...] lingüístico de determinação das significações apenas textuais dos textos jurídicos” (NEVES *apud* STRECK, 2005a, p. 161);

j) as normas definidoras de direito, constantes da Tabela 2.2 (item 2.2.3.4), servem para demonstrar quais são os direitos sociais e “outros direitos fundamentais” existentes, estes últimos decorrentes da abertura do catálogo proporcionada pelo § 2º do art. 5º, correlacionados ao mínimo existencial e cuja efetivação é buscada neste estudo;

k) as normas de organização, as normas programáticas e as garantias normativas, constantes, respectivamente, das Tabelas 2.1, 2.3 e 2.4 (item 2.2.3.4), devem servir como força argumentativa a favor da efetividade do mínimo existencial;

l) as garantias jurisdicionais, constantes da Tabela 2.5 (item 2.2.3.4), bem como os instrumentos processuais descritos no subitem 3.2.3, servem para demonstrar a existência de alguns instrumentos assecuratórios de proteção judicial dos direitos fundamentais extraíveis das normas constitucionais contra ações, mas sobretudo omissões, dos poderes públicos;

m) o Poder Judiciário não é o único instrumento de controle do Estado na efetivação das normas constitucionais, notadamente as que veiculam direitos fundamentais, mas é um relevante vetor da democracia;

n) à efetividade do mínimo existencial, por meio da sindicalização dos direitos correlatos, não podem ser opostas as restrições ou obstáculos constantes do item 3.3.1, como o caráter programático ou principiológico das normas respectivas; a reserva do possível fática (salvo total impossibilidade financeiro-orçamentária, objetivamente demonstrada pelo Poder Público) e jurídica, a discricionariedade administrativa, inclusive quanto à fixação de políticas públicas, e a violação dos princípios democrático e da separação de poderes;

o) a proibição de retrocesso social, ou seja, a partir do reconhecimento do alcance do mínimo existencial, não se admite o retrocesso em relação àquelas situações já definidas e consolidadas pela prática jurisprudencial do Estado-Juiz. Assim, o alcance do mínimo existencial é fixado como um ponto de partida e não como um termo de chegada.

## II – Diretrizes Específicas:

a) Teoria Construtiva de Dworkin: para essa teoria, os princípios e as políticas inserem-se no âmbito do Direito e, por isso, a sua aplicação é compulsória, impondo obrigações de cumprimento por parte dos juízos decisórios. Além disso, os princípios jurídicos invocam prescrições morais, tornando-se necessário avaliar entre o peso moral dessas prescrições e seu peso especificamente jurídico, isto é, sua incidência específica sobre o sistema jurídico e particularmente sobre as decisões judiciais. Ainda, nos casos difíceis, mesmo inexistindo regras claras, o juiz tem o dever de descobrir (construir) quais são os direitos das partes, e não, consoante conseqüência do positivismo jurídico, inventar novos direitos retroativamente.

De outro lado, compreende-se que nos casos difíceis, de maneira geral, devem ser usados argumentos de princípio (estabelecem um direito individual) e não argumentos de política (estabelecem um objetivo coletivo), excepcionadas as situações em que são pleiteados direitos contra o Estado, eis que nesse caso o autor admite que também sejam usados argumentos de política (DWORKIN, 2002, p. 132; 147).

No âmbito dessa teoria, releva-se a importância da tese do “romance em cadeia”, significando, em essência, que o juiz não deve simplesmente reproduzir, muito menos criar decisões do nada; ele deve estar consciente da unidade na qual sua tarefa está inserida.

Outrossim, é imperioso destacar que a interpretação construtiva reconhece a integridade como ideal político, cujos aspectos destacados são a adequação da interpretação e os cânones interpretativos, que reproduzem a idéia de coerência e congruência em relação a princípios de retidão moral que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo. Dessa forma, o direito como integridade implica em ser congruente com um todo assumido como coerente. Em suma, interpretar não é determinar o significado de expressões ou frases que compõem as normas, mas defender, através de argumentos, o sentido do direito considerado como um todo.

A interpretação criativa divide-se em três etapas: etapa “pré-interpretativa”, na qual “são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo

experimental da prática”. Nesta etapa, considerada descritiva, realizam-se a identificação e a qualificação do objeto interpretado como pertencente a um determinado gênero, ou seja, os atores identificam as regras ou normas que proporcionam o contexto da interpretação e o conteúdo provisório; etapa interpretativa, em que o intérprete se concentra numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa, ou seja, devem ser atribuídos sentidos aos dados identificados no estágio anterior, reconstruindo-os à luz de alguma justificativa geral para que se lhe dê um sentido homogêneo; por último, “deve haver uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual ele ajuste sua idéia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa” (DWORKIN, 2003, p. 81-84).

Tendo o direito como integridade como pano de fundo, em que se inclui a compreensão do “romance em cadeia”, elabora-se a teoria interpretativa construtiva, objetivando-se que sirva de instrumento apropriado ao estudo do direito enquanto prática social.

Ademais, algumas exigências da integridade são formuladas, como a virtude da equidade, da justiça e do devido processo adjetivo, as quais representam “os ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem” (DWORKIN, 2003, p. 200; 483).

Destarte, com embasamento na teoria do direito como integridade, mediante a utilização das metáforas do juiz Hércules,<sup>341</sup> do “romance em cadeia”, e das fases interpretativas, a interpretação construtiva, ao buscar a resposta correta, objetiva “impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam” (DWORKIN, 2003, p. 63-64).

b) Teoria dos Princípios de Alexy: os princípios, notadamente nos casos difíceis, devem ser levados em consideração, compreendendo-os como “mandamentos de otimização”, cuja satisfação depende das possibilidades fáticas e jurídicas, em que no caso de colisão entre eles, por meio da lei de ponderação, sejam estes sopesados, viabilizando-se que as decisões mais adequadas venham à tona, conforme indicado por essa teoria (item 3.1.2).

---

<sup>341</sup> Para a aplicação da teoria construtiva no âmbito de sua teoria do direito como integridade, Dworkin (2003, p. 294) invoca o auxílio do juiz imaginário, *Hércules*, “dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor”.

A relação de tensão entre princípios não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses princípios, vez que nenhum deles goza por si só de prioridade. Assim, esses princípios devem ser aplicados à medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização (*tese da otimização*).

Se isoladamente considerados, os princípios conduzem a uma contradição, significa que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. A solução para a colisão de princípios consiste no estabelecimento de uma precedência condicionada entre os princípios com base nas circunstâncias do caso concreto (*lei da colisão*). Com efeito, levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro.

A questão decisiva é, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder, ressaltado que quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. Utiliza-se para tanto a metáfora do peso: qual o princípio tem mais peso sob as condições presentes no caso concreto, servindo-se para tal desiderato das máximas da proporcionalidade (*lei da ponderação*). Destaque-se que as condições representam o enunciado de preferência e o pressuposto do suporte fático de uma regra a que o caso pode ser subsumido (ALEXY, 2008).

c) Técnicas interpretativas do modelo clássico: gramatical; histórica; sistemática e teleológica.

d) Princípios de interpretação constitucional: princípio da unidade da constituição; princípio do efeito integrador; princípio da conformidade funcional; princípio da concordância prática ou harmonização e princípio da força normativa da Constituição.

e) Outros métodos interpretativos de índole neoconstitucionalista que objetivem conferir a máxima efetividade às normas de direitos fundamentais e, de conseqüência, ao direito ao mínimo existencial.

### 3.5 Análise Crítica da Decisão do Supremo Tribunal Federal Concernente ao Mínimo Existencial

Nos trabalhos científicos, comumente, colhem-se, *a priori* ou de forma concomitante, as decisões da Suprema Corte para fundamentar os pontos de vista defendidos ou para auxiliar na compreensão dos diversos temas jurídicos. Tais decisões são, assim, tratadas como um importante instrumento, tanto para a defesa de argumentos perfilhados, quanto para a compreensão, sobretudo, dos diversos institutos jurídicos.

Neste trabalho, contudo, a decisão do Supremo Tribunal Federal concernente ao direito ao mínimo existencial é analisada sob um enfoque diverso. Elaborou-se no item 3.4 um *modelo maximizador da efetividade do mínimo existencial*, de índole neoconstitucionalista, mediante a fixação de diretrizes extraídas dos diversos temas desenvolvidos ao longo do estudo para, então, a partir desse modelo, avaliar criticamente a decisão da Excelsa Corte, bem como as suas razões de decidir, em relação ao direito à educação. A motivação das decisões judiciais, consoante dispõe o inciso IX do art. 93 da CF, é garantia fundamental do Estado Democrático, pois permite o indispensável controle social que deve ser exercido também sobre o Poder Judiciário.

O tratamento, ora pretendido, pertinente à decisão do Supremo Tribunal Federal é relevante, à medida que permite modular e comparar, de forma crítica, a concepção neoconstitucionalista do Direito e a aludida decisão.

Dessa forma, sob o enfoque proposto, busca-se, nesta quadra, selecionar um caso paradigmático recente decidido pela Corte Suprema brasileira relativamente ao direito à educação, o qual tem conexão com o mínimo existencial.

Inobstante reconhecer como extremamente profícuo e relevante, não se pretende, consoante já manifestado na introdução, fazer um apanhado evolutivo da jurisprudência da Corte nesta seara, nem tampouco analisar todos os casos que cuidam do direito ao mínimo existencial, pois que exigiria o exame acerca dos diversos direitos sociais, como saúde, moradia, alimentação, assistência social etc. , o que demandaria um trabalho especificamente voltado para tais abordagens. Com efeito, esta análise centra-se no direito à educação, pois acredita-se que a educação é capaz de instrumentalizar o indivíduo para que ele possa, por si próprio ou por intermédio do Estado, alcançar os demais direitos relativos ao mínimo existencial, viabilizando-lhe uma vida com qualidade e dignidade. Por meio da educação, crê-se, destarte, que o cidadão pode tornar-se mais consciente de seus direitos e, de conseqüência, saber como exigi-los do Estado, ou, como alcançá-los por seus próprios meios.

Outrossim, almeja-se, em outros termos, a partir do estudo de uma série de julgados, selecionar – para análise crítica comparativa com o modelo elaborado – aquele que, dentre os mais recentes, tem refletido a tendência de decisões anteriores ou tem servido de parâmetro para outros que foram decididos posteriormente com características similares, extraíndo-se, assim, a jurisprudência da Corte acerca do assunto tratado.

A decisão da Suprema Corte presta-se, com efeito, não apenas como reforço aos argumentos perfilhados neste estudo, mas como alvo de críticas, à luz do *modelo maximizador da efetividade do mínimo existencial*, em que se espera, além de uma maior compreensão do alcance do direito ao mínimo existencial, especialmente, delinear a postura decisional da Corte em relação a esse direito frente à teoria neoconstitucionalista, a qual, de forma prioritária, intenta conferir a máxima efetividade ao texto constitucional e, por conseguinte, aos direitos fundamentais e ao mínimo existencial.

Nos próximos tópicos, é, assim, analisada a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do direito à educação.

Para tanto, é exposta, no quadro, a ementa da decisão paradigmática da área da educação, e também explicitadas as informações relevantes do caso, a fim de, no final, proceder à crítica pertinente da decisão trazida à colação frente ao modelo maximizador da efetividade do mínimo existencial elaborado neste trabalho. Também são citados alguns precedentes e alguns julgamentos posteriores, ressaltando, quando pertinente, as peculiaridades ou aspectos diferenciais desses casos.

### 3.5.1. Direito à educação

Dentre as várias decisões analisadas na área da educação, o caso paradigmático parece ser o constante do RE n. 410.715, a ser examinado, uma vez que em relação a este e ao RE n. 436.996, o STF mostrou uma evolução em seu posicionamento. Até então, nos RE's n.s 401.673 e 411.518,<sup>342</sup> ambos objeto de decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, foram a estes negado seguimento, ao argumento de que a matéria havia sido adequadamente equacionada no juízo recorrido, e de que a questão principal em torno da qual gravitava a demanda (vaga para criança em creche e pré-escola) era de natureza infraconstitucional (Leis

---

<sup>342</sup> Registre-se que esses RE's foram objeto do correspondente recurso de Agravo Regimental, no qual se confirmou a decisão originária.

n.s 9.424/1996 e 9.394/1996). Entrementes, inobstante a natureza meramente terminativa das decisões, houve, nestes últimos recursos, a inclusão de considerações atinentes ao mérito.

### Quadro 3.1: Direito à Educação

**EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – RECURSO IMPROVIDO.** A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV),<sup>343</sup> o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina. (RE n. 410715 - SP. Rel.: Min. Celso de Mello, julgamento de 27/10/2005, DJ 08/11/2005). **Precedentes:** RE n. 356479 – SP.<sup>344</sup> Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento de 30/04/2004, DJ 24/05/2004; RE n. 436996 – SP. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento de 26/10/2005, DJ 07/11/2005.

**Julgamentos Posteriores:** RE n. 463210 AgR - SP. Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento de 06/12/2005, DJ 03/02/2006; RE n. 467255 – SP. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento de 22/06/2006, DJ 14/03/2006; RE 384201 AgR – SP. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento de 26/04/2007, DJ 02/08/2007; AI 590962 – SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento de 24/09/2008, DJ 16/10/2008; RE n. 592937 AgR – SC<sup>345</sup>. Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento de 12/05/2009, DJ 04/06/2009; AI n. 5922075 AgR – SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento de 19/05/2009, DJ 04/06/2009; RE n. 554075 AgR – SC. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento de 30/06/2009, DJ 20/08/2009; RE n. 600419 – SP. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento de 03/09/2009, DJ 25/09/2009.

Fonte: STF

<sup>343</sup> A Emenda Constitucional n. 53/2006 alterou a redação do inciso IV do art. 208 para “a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”.

<sup>344</sup> Este RE foi objeto de decisão monocrática, em que se negou seguimento ao recurso sob o argumento de que a demanda era de natureza infraconstitucional (Lei n. 8.069/1990 e Lei Orgânica do Município). Entretanto, inobstante a natureza meramente terminativa da decisão, houve considerações sobre o mérito.

<sup>345</sup> A parte agravante foi multada por litigância de má-fé, com fulcro no caráter meramente abusivo do recurso, eis que se considerou que foi impugnada decisão fundada em jurisprudência assentada sobre a matéria.

### 3.5.1.1 Dados relevantes do caso concreto

O presente Recurso Extraordinário foi interposto pelo órgão do Ministério Público contra acórdão que, confirmado, em sede de embargos de declaração, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acolheu embargos infringentes para julgar improcedente a ação, reformando a decisão de primeira instância, onde o órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo havia ajuizado ação civil pública em face do Município de Santo André, objetivando a efetivação de matrícula de criança em creche daquela municipalidade.

O órgão do Ministério Público, parte recorrente neste Recurso Extraordinário, sustenta que o acórdão impugnado teria transgredido os preceitos inscritos nos arts. 208, IV c/c 211, § 2º, ambos da CF.

Posteriormente, o Município de Santo André interpôs Agravo Regimental contra a decisão que conheceu e deu provimento ao Recurso Extraordinário, ora em pauta, tendo sido negado, porém, provimento àquele recurso, mantendo, em consequência, por seus próprios fundamentos, a decisão agravada. Sustentou a parte agravante, em síntese, as seguintes razões recursais: a) a oferta de educação pública, obrigatória e gratuita, não é somente dever do Município, mas também do Poder Público Federal e Estadual; b) a carência de novos aportes de recursos para financiar a educação infantil limitou o atendimento em todo o Município e a possibilidade de ampliação do atendimento em educação infantil; e c) os deferimentos das medidas liminares e das sentenças, obrigando as matrículas de crianças em creches, adequando o Estatuto da Criança e do Adolescente à realidade fática, não podem vigorar, pois essas disposições configuram indevida ingerência do Judiciário no poder discricionário do Executivo.

Desta feita, o relator, Ministro Celso de Mello, ao conhecer e dar provimento ao presente Recurso Extraordinário, o fez pelos seguintes fundamentos, os quais se encontram respaldados também em precedentes da Corte e na doutrina pátria e alienígena:

a) intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial – direito à educação – direito social – dever de prestação positiva pelo Estado (dever jurídico-social): o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV e 227, *caput*) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração, cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, como sujeito passivo, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *facere*, pois o Estado dele somente se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse direito, o acesso pleno ao

sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, “às crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV). Este atendimento, como primeira etapa do processo de educação básica, visa ao desenvolvimento integral da criança, o qual exige a concreta efetivação da respectiva garantia inscrita na norma constitucional. Ressalte-se, ainda, que o direito à educação traduz-se no estabelecimento ou preservação de condições materiais mínimas de existência;

b) direito à educação – Estado social – justiça social – solidariedade social: o direito à educação revela a tendência da Constituição em favor de um Estado social, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, exprimindo, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupondo, de outro, a centralidade do respeito à dignidade humana;

c) indivisibilidade e interdependência dos direitos sociais prestacionais: os direitos de primeira e de segunda geração são complementares entre si, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Ademais, os direitos prestacionais de índole social, em cujo rol insere-se o direito à educação, congregam os valores inerentes à dignidade da pessoa humana;

d) direito social como direito fundamental: o caráter de fundamentalidade, o alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil, não podem ser menosprezados, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípua destinatário;

e) direito à educação extraível diretamente das normas constitucionais – suficiente densidade normativa – aplicabilidade imediata: como a educação qualifica-se como um direito fundamental da pessoa humana, o Estado não pode furtar-se de tal dever sob alegação de falta de normas de regulamentação. Além disso, a educação, como típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, tem por fundamento regra constitucional, cuja densidade normativa não permite que o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade administrativa;

f) direito à educação – promoção do bem-estar social e da melhoria da qualidade de vida de todos: como a educação qualifica-se como um direito fundamental da pessoa humana, põe-se em destaque a imprescindibilidade de sua implementação, em ordem a promover o bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente das classes menos favorecidas;

g) direito subjetivo público: há necessidade de conferir efetiva concretização a esse direito essencial, cuja eficácia não pode ser comprometida pela inação do Poder Público, devendo, pois, esse direito ser dotado de eficácia e acionabilidade, consistentes na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações materiais;

h) políticas públicas *versus* intervenção judicial *versus* discricionariedade: o objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a CF delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis – notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injustiça de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola – , traduz meta cuja não-realização qualifica-se como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público. Além disso, embora a atribuição de formular e de implementar políticas públicas resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais ou coletivos, impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie em exame. Ademais, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na CF; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima. As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se este não contraria a finalidade constitucional exigida pela ordem social constitucional;

i) poder discricionário *versus* estrutura programática das normas de direitos sociais: a educação, tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, tem por fundamento regra constitucional, cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial. O direito fundamental à educação, juridicamente vinculante, representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções não podem ser exercidas de modo a

comprometer, com apoio em juízos de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social;

j) omissão inconstitucional de um dever estatal consistente em um direito social a prestações materiais: a inaceitável inércia governamental no adimplemento das prestações positivas impostas ao Poder Público provoca a violação da integridade e da eficácia da própria Constituição, eis que o desrespeito ao Texto Maior tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante omissão. Desse *non facere* ou *non praestare*, resulta a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. Demais disso, a omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios constitucionais;

k) reserva do possível fática: a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade;

l) ineficiência administrativa: o descaso governamental com os direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a legitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário “às crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV).

### 3.5.1.2 Análise crítica da decisão frente ao modelo maximizador da efetividade do mínimo existencial

Primeiramente, tendo em mira as diretrizes específicas constantes do modelo maximizador da efetividade do mínimo existencial, doravante denominado apenas modelo, as quais referem-se a métodos e técnicas interpretativas, constata-se que não foi utilizada, no caso ora analisado, a teoria dos princípios de Alexy, haja vista que a técnica correspondente é bem demarcada, restando inconfundível a sua aplicação. Em que pese, na decisão, ter sido considerado que o direito à educação invocado tem por fundamento uma regra constitucional, cuja densidade normativa não permite que o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade administrativa, verifica-se que esta *regra*, na verdade, tem mais característica de norma principiológica. Isto se dá porque observa-se que a regra constante do inciso IV do art. 208 não foi interpretada/aplicada pelo método clássico subsuntivo do positivismo jurídico, eis que há um longo percurso argumentativo até chegar-se à sua efetivação. Este fato demonstra que a regra não é tão clara assim, nem o direito que a ela subjaz é tão cristalino, a ponto de dispensar uma atividade interpretativa mais aprofundada, revelando-se, assim, um *hard case*. Verifica-se, com efeito, uma indeterminabilidade quanto ao conteúdo da norma. Há questionamentos que vão além do texto da norma, exigindo maiores esclarecimentos, como quais os seus beneficiários? Serão todas as pessoas ou somente as financeiramente hipossuficientes? As vagas em creches e pré-escolas devem estar prontamente disponibilizadas, ou podem ser disponibilizadas de forma gradual?

Inobstante o método construtivo de Dworkin<sup>346</sup> não ser totalmente coincidente com modelo decisório do caso *sub examine*, possuem ambos pontos de contato entre si, uma vez que o presente julgado, de certa forma, tem como pano de fundo o “direito como integridade”. Isso porque, observa-se nos fundamentos da decisão uma preocupação com os precedentes judiciais, com as fontes doutrinárias, incluindo-se as virtudes da equidade e da justiça, em que o juízo decisório mostra-se consciente da unidade na qual sua tarefa está inserida (idéia do “romance em cadeia”). Nesse sentido, inclusive, observa-se a utilização da técnica interpretativa *sistemática*.

No âmbito das virtudes da equidade e da justiça, os fundamentos da decisão revelam um cuidado, ao escudar o direito à educação, com os ideais de uma estrutura política imparcial e com uma justa distribuição de recursos e oportunidades, mediante a promoção do bem-estar-social e da melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente das classes menos

---

<sup>346</sup> Oportuno lembrar que o método construtivo de Dworkin e a teoria dos princípios de Alexy, conforme analisado no item 3.1.3, não são complementares entre si, mas alternativos.

favorecidas e, conseqüentemente, exortando às práticas de inclusão social e de igual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola. Nesse sentido, enquadra-se também, o caso, no método dworkiano, pois naquelas situações em que são pleiteados direitos contra o Estado, admite-se a utilização de argumentos de política, os quais referem-se a objetivos coletivos.

As razões da decisão, ora em pauta, e o método construtivo de Dworkin têm, ainda, em comum o aspecto da adequação da interpretação com a idéia de coerência e congruência em relação a princípios de retidão moral que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo. Sob esse aspecto, reputa-se o direito à educação como uma tendência da Constituição em favor de um Estado social, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, exprimindo, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupondo, de outro, a centralidade do respeito à dignidade humana. Nota-se, também na decisão, o uso da técnica interpretativa *teleológica*, em que se confere peso ao escopo ou fins, políticos, econômicos, sociais, a serem alcançados com a norma.

Enfim, os fundamentos da decisão, ora analisados, conciliam-se com o método construtivo de Dworkin, uma vez que objetivam alcançar a resposta correta, dado os amplos argumentos expendidos a favor da concretização do direito à educação. Infere-se, desta feita, a preocupação em “impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”(DWORKIN, 2003, p. 63-64).

Dentre os princípios de interpretação constitucional, aquele que mais se adequa à postura decisória do caso ora analisado refere-se ao princípio da força normativa da Constituição, em que se confere prevalência aos pontos de vista que contribuem para uma eficácia ótima do texto constitucional. Nas razões da decisão sob exame, vários exemplos podem ser extraídos, no sentido de utilização do mencionado princípio de interpretação, como: a) a exigência de concreta efetivação da respectiva garantia inscrita na norma constitucional, a fim de tornar real o direito postulado à educação; b) a dedução direta do direito à educação das normas constitucionais, cuja densidade normativa é considerada suficiente para a sua aplicação, independentemente de regulamentação infraconstitucional; c) a possibilidade de sindicância pelo Poder Judiciário das políticas públicas sociais constitucionalmente previstas, caso não formuladas ou não implementadas pelos poderes primariamente responsáveis por estas, como o Legislativo e o Executivo; e d) a inércia governamental no adimplemento das prestações positivas impostas ao Poder Público pela Constituição é considerada uma omissão inconstitucional.

No que concerne às diretrizes gerais do modelo, destacam-se alguns aspectos que merecem ser trazidos à luz. Destarte, observa-se que na época desta decisão – ao contrário da atual redação do inciso I do art. 208, conferida pela EC n. 59/2009, que fixa como obrigatória e gratuita a educação básica<sup>347</sup> –, a educação infantil não era considerada obrigatória e, portanto, não se configurando, pelo menos não de forma expressa, direito público subjetivo. Contudo, nos fundamentos da decisão, foi a educação infantil reputada como configuradora de um direito público subjetivo, dotada, assim, de eficácia e acionabilidade, revelando que a norma é mais do que o seu texto ou enunciado normativo.

De outra parte, dentre os vários atributos dos direitos fundamentais expostos no trabalho e que incidem sobre o mínimo existencial, contribuindo para a sua efetividade, percebem os seguintes na decisão sob exame: fundamentalidade, aplicabilidade imediata e indivisibilidade e interdependência dos direitos sociais prestacionais.

De seu turno, consoante a Tabela 2.2, constante do subitem 2.2.3.4, o inciso IV do art. 208 da CF, fundamento constitucional do pedido formulado e do juízo decisório, encontra-se inscrito como “normas definidoras de direito que têm correlação com o mínimo existencial”. No que concerne à Tabela 2.3, que elenca as “normas programáticas que têm correlação com o mínimo existencial”, algumas delas servem como força argumentativa a favor da efetividade do mínimo existencial pela decisão examinada. Nesse sentido, quando dispõe-se, por exemplo, que o direito à educação, em um Estado social, possui como valor-fim a justiça social, a solidariedade e o respeito à dignidade humana; ou, quando propugna-se pela inclusão social e pelo igual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola, objetivando-se, dessa forma, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos.

Por outro lado, existem algumas restrições opostas à efetividade do direito à educação, como a violação do princípio da separação dos poderes, mediante a invasão da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário e a reserva do possível fática. Entrementes, a decisão sob enfoque afasta, com argumentos incisivos, todas essas restrições, conforme pode observar-se pela leitura das alíneas “h”, “i” e “k”.

Afora as questões relativas ao modelo, no que pertine ao trabalho como um todo frente à decisão ora examinada, nota-se, em uma análise comparativa, uma justaposição acerca da compreensão do mínimo existencial como direito fundamental, o qual encontra-se correlacionado com condições materiais mínimas, com os direitos sociais e com o princípio

---

<sup>347</sup> A Lei n. 9.934/1996, que dispõe sobre as diretrizes e bases da educação nacional, em seu art. 21, fixa que a educação básica é formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio.

da dignidade humana. Além disso, verifica-se que na motivação procede-se a uma conexão dos direitos sociais, e, conseqüentemente, do mínimo existencial, com o dever de o Estado a uma prestação positiva, consistente num *facere*.

Por fim, calha trazer à colação, a questão da ineficiência administrativa exposta na decisão, a qual, mencionada na alínea *A* do item 3.3.1.2.2 deste trabalho, refere-se, consoante Freitas (2007), a vício da discricionariedade insuficiente ou arbitrariedade por omissão, hipótese em que o agente público deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce com inoperância ou insuficiência, inclusive ao faltar com os deveres de prevenção e de precaução. Nestas situações, deve haver a intervenção jurisdicional para restabelecer a supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais.

No que concerne aos questionamentos formulados no modelo, quanto ao presente caso, apresentam-se as seguintes respostas:

- a) nota-se que o STF extrai o conteúdo do direito ao mínimo existencial diretamente das normas constitucionais, sobretudo as veiculadoras dos direitos sociais e do princípio da dignidade humana;
- b) o conteúdo do mínimo existencial, no caso examinado, refere-se ao direito em vaga em creche e pré-escola, o qual se traduz em um dever de prestação positiva por parte do Estado;
- c) o STF confere força normativa às normas principiológicas ou programáticas, pois o direito à vaga em creche e pré-escola encontra-se embasado por essas normas, como a promoção do bem-estar social, a justiça social, a melhoria da qualidade de vida de todos etc.;
- d) o direito ao mínimo existencial é considerado um direito público subjetivo;
- e) a não-efetivação de políticas públicas constitucionalmente previstas, ao configurar uma omissão inconstitucional enseja a intervenção judicial;
- f) não são admitidas as restrições opostas à efetividade do direito à educação, como a violação do princípio da separação de poderes ou a reserva do possível fática, a não ser nesta última situação, em decorrência de justo motivo objetivamente aferível.

Pelo exposto, deflui-se que a motivação e o conteúdo decisório do Recurso Extraordinário, ora examinado, encontram-se em harmoniosa concordância com os postulados estudados e defendidos ao longo deste trabalho, os quais consubstanciam-se no desígnio permanente da teoria neoconstitucionalista em atribuir a máxima efetividade à Lei Maior, e, por via de conseqüência, ao direito ao mínimo existencial.

Esta constatação é assaz relevante, uma vez que a Excelsa Corte, como guardiã da Constituição Federal e como a última trincheira do cidadão, caso mantenha esse posicionamento quanto aos demais direitos fundamentais, consoante verificado nesta presente análise, deverá exercer um efeito pedagógico sobre os demais poderes, sobretudo o Poder Executivo e os demais órgãos do Judiciário, e sobre os cidadãos. Os primeiros vir-se-ão obrigados a cumprir os deveres constitucionalmente previstos e, os últimos, conscientizar-se-ão de que têm direitos e que podem exigí-los judicialmente. Nesse contexto, viabiliza-se a formação de um círculo virtuoso, fazendo com que os atores envolvidos atuem de forma concertada para o alcance da paz social, mediante a maior efetividade do mínimo existencial. E o mínimo existencial, ao tornar-se mais efetivo, por certo levará a que, notadamente, as classes mais desfavorecidas tenham uma vida mais digna, com maior qualidade e bem-estar.

## CONCLUSÃO

O presente estudo parte da evolução histórica das prestações estatais e não-estatais mínimas, da Idade Antiga até os marcos atuais, seguindo sempre a trilha dos direitos humanos, passando pelo liberalismo, o socialismo e o cristianismo social, até chegar aos direitos sociais e ao princípio da dignidade humana, inscritos como normas no texto da Constituição Federal de 1988, eis que o direito ao mínimo existencial é dedutível dessas normas.

Dessa feita, após a Primeira Guerra Mundial, com o advento das Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, supera-se a perspectiva liberal do Estado, que consagrava uma declaração dos direitos de defesa, de primeira geração, contra os abusos do Estado. Com a revolução industrial constata-se que o ente estatal não é o único que oprime as potencialidades do homem, mas encontram-se estas também condicionadas pelo capital. Na passagem do Estado Liberal clássico para o chamado Estado do Bem-Estar Social, o conteúdo das constituições sofre mudança significativa, ante a inserção de novos direitos de índole social e econômica.

Faz-se mister destacar, inclusive, que o conteúdo das diversas constituições contemporâneas sofreu influência decisiva da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas, em 1948, em reação aos horrores do holocausto provocados pelo Segundo Conflito Mundial, e também de diversos outros instrumentos internacionais de proteção da pessoa humana elaborados e adotados pelos Estados desde então. O período de 1945-1990 representou o marco de afirmação histórica dos direitos humanos. No Brasil, notadamente pós-1988, com a constitucionalização do direito e a ampliação do rol dos direitos fundamentais, o debate jurídico centralizou-se no que é constitucional ou inconstitucional.

Nesse contexto, surge o Estado como instrumento de neutralização do impacto das distorções econômicas e de proteção da sociedade por meio de deveres de prestações positivas, com vistas à promoção de melhores condições de vida e da igualdade material. Com percuciência Ferrari (2001, p. 159) informa que “[...] para atender a essa nova missão, a Constituição não se restringe a ser a Lei Fundamental do Estado, mas passa a ser, também, a Lei Fundamental da Sociedade”.

Ademais, é imperioso destacar que esses deveres de prestações positivas por parte do Estado consubstanciam-se essencialmente na efetivação do mínimo existencial, cujo direito, consoante destacado, é derivado das normas constitucionais definidoras de direitos sociais e do princípio da dignidade humana. Assim, a dimensão prestacional do mínimo existencial, ao contrário dos clássicos direitos e garantias individuais, tem por objeto não uma abstenção, mas uma atividade positiva e material do Estado, pois o direito à educação, à saúde, à assistência social e aos outros do mesmo gênero somente realizam-se por meio de políticas públicas, ou seja, mediante a ação estatal.

Dessa forma, essa nova realidade do Estado, de proteção da sociedade por meio de deveres de prestações positivas, decorre sobretudo pela inserção, nos textos constitucionais, dos direitos sociais, em complementação aos direitos individuais, e cujas normas de caráter principiológico e programático revelam-se de alto teor axiológico. No Brasil, esse choque temático ocorreu na Constituição Federal de 1988, provocando a constitucionalização do Direito e, por conseguinte, a necessidade de conferir força normativa ao texto constitucional.

Por isso, com a inclusão de normas constitucionais preche de valores, houve a necessidade do desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional que fosse capaz de conferir efetividade a essas normas, uma vez que o positivismo jurídico, com o seu método subsuntivo, adequado para o modelo de regras, tornou-se insuficiente para dar uma resposta satisfatória a essa nova realidade jurídico-social. A partir da *força invasora* da Constituição, que levou ao fenômeno da constitucionalização do direito é que, atualmente, pode asseverar-se que toda interpretação jurídica é interpretação constitucional. O neoconstitucionalismo surge nesse quadro e objetiva, destarte, conferir efetividade ao texto constitucional.

Verifica-se, assim, que os fundamentos epistemológicos do neoconstitucionalismo passaram a exercer forte influência no pensamento constitucional contemporâneo, impondo um novo paradigma hermenêutico, especialmente devido à reaproximação entre Direito e Moral, à inserção do método de interpretação especificamente constitucional e à centralidade dos direitos fundamentais, incorporando os avanços da filosofia da linguagem, da hermenêutica filosófica, da teoria da argumentação e do discurso racional, que buscaram, por meio de métodos interpretativos impregnados pela racionalidade e imparcialidade, conferir maior efetividade às normas constitucionais, provocando a junção do binômio justiça/segurança jurídica.

De outra parte, constata-se que no sistema jurídico brasileiro, concernente à obrigação de omissão estatal, em que se encontram os direitos de defesa, não existem controvérsias quanto à sua justicialidade e aplicabilidade. Entrementes, no que concerne à

justicialidade e concretização dos direitos prestacionais, há inúmeras dúvidas, incertezas e posições frontalmente contrárias, mormente por parte dos defensores do positivismo.

Os dogmas do positivismo consistentes em dar primazia à forma e não ao conteúdo da norma; em permitir, nos casos difíceis, a discricionariedade judicial; e em atribuir normatividade somente às regras, mostraram-se incompatíveis com o novo direito constitucionalizado que não prescinde da moral. Do direito hermeticamente fechado, surge o novo direito entrelaçado com a moral e dependente das vivências sociais.

Assim, na fase que precede o neoconstitucionalismo, dados os rigores formais da teoria dominante representada pelo positivismo jurídico, percebe-se a atuação dos Poderes Executivo e Judiciário totalmente vinculada ao Poder Legislativo, em sua função de legislador infraconstitucional, vigorando, assim, o *império da lei*, eis que a Constituição era vista basicamente como programa político que deveria inspirar a atuação do legislador, mas não podia ser invocada perante o Judiciário, na defesa de direitos.

Portanto, o positivismo, ao não reconhecer a força normativa dos princípios constitucionais, ainda provoca a paralisia institucional e faz a sociedade padecer das conseqüências dessa inércia, eis que sequer o mínimo existencial atinge um patamar desejável. Há os direitos que se encontram reconhecidos nos textos constitucionais, mas transformam-se em promessas vãs que não saem do papel.

Nesse quadro desolador, surge a teoria neoconstitucionalista, que contribui para dar concretude às promessas constitucionais. Em que pese o Direito não ser um dos instrumentos mais competentes para promover mudanças sociais, uma vez que ele, ao longo da história, tem servido sobretudo como mantenedor do *status quo*, o neoconstitucionalismo, ao buscar a superação do positivismo a partir da batalha travada em três frentes (teoria das fontes, teoria da norma e a hermenêutica), almeja, em última instância, a concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões, inclusive porque este, ao dotar a Constituição com forte conteúdo normativo, viabiliza a garantia dos direitos a partir da jurisdição constitucional. Dessa forma, a superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo compromissório, ao exigir abertura dialógica para a solução dos conflitos sociais, promove o encontro do Direito com o mundo real.

Deveras, com a constitucionalização do Direito, passou a exigir-se um desempenho mais proativo dos Poderes Executivo e Judiciário, fomentando a expansão das funções estatais, os quais acabam por tirar o fundamento de sua atuação a partir das normas constitucionais, fazendo exsurgir o *império da constituição*. Transmutando-se o papel da Constituição à fonte do sistema jurídico, a supremacia da lei cede lugar aos textos

constitucionais, exigem o cumprimento do modelo do Estado Democrático (e Social) de Direito.

Destarte, a força normativa da Lei Fundamental deve ser reconhecida por meio da concretização de suas normas, pois não há norma constitucional destituída de eficácia. Com efeito, as normas principiológicas e programáticas são imperativas e, dentro da graduação em sua carga eficaz, devem ser aplicadas no caso concreto e, assim, efetivadas, sob pena de grave violação à Constituição. Aludida violação pode ocorrer “[...] tanto quando se faz o que ela inadmite como quando se omite fazer o que ela impõe” (BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 13).

Outrossim, a partir da constitucionalização do direito, surge das cinzas um novo Judiciário que, revigorado em suas funções, percebe-se capacitado para construir o Direito a partir das normas principiológicas, e, ignorando a letargia do Legislativo, provoca a reação do Executivo. Constata-se, inclusive, que diante dessa omissão ou má atuação dos demais poderes nessa área, nunca antes na história desse país, o Poder Judiciário assumiu tão forte protagonismo.<sup>348</sup> Ainda que não se possa afirmar que o protagonismo do Judiciário seja, em todos os casos, necessariamente benéfico, é ele exigível ante a omissão dos demais Poderes, evitando-se o desguarnecimento da proteção estatal dos direitos fundamentais contra possíveis violações. Assim, o Poder Judiciário intensifica muito a sua importância política no Estado contemporâneo, uma vez que as questões polêmicas e relevantes para a sociedade passam a ser resolvidas pelos magistrados, e sobretudo pela Corte Constitucional.

Com efeito, a omissão, sobretudo do Poder Executivo, em implementar o direito ao mínimo existencial representa grave violação à Constituição Federal e, nesse sentido, deve o Judiciário corrigir este desvio, mediante a determinação de que o Estado atue positivamente, providenciando as prestações omitidas, restabelecendo, por conseguinte, a ordem constitucional e o Estado de Direito. Inobstante reconhecer-se não ser o Judiciário o único meio de controle da efetividade das normas constitucionais, notadamente as que veiculam direitos fundamentais, é ele importante vetor da democracia.

Nessa situação, indaga-se qual o papel do Judiciário no Estado de Direito e Social. Deve ele, a par de recuperar o real sentido de democracia de realização do bem comum, garantir o jogo justo (*fair play*) consistente na ampliação da liberdade e da igualdade. Demais

---

<sup>348</sup> É de Santos (2007, p. 16-17) a assertiva de que “o protagonismo dos tribunais emerge da mudança por duas vias: por um lado, o novo modelo de desenvolvimento assenta nas regras de mercado e nos contratos privados e, para que estes sejam cumpridos e os negócios tenham estabilidade, é necessário um judiciário eficaz, rápido e independente; por outro lado, a precarização dos direitos econômicos e sociais passa a ser um motivo de procura do judiciário. Muita da litigação que hoje chega aos tribunais deve-se ao desmantelamento do Estado social (direito laboral, previdência social, educação, saúde etc.)”.

disso, é imperioso que o Judiciário conscientize-se de seu papel social enquanto poder componente do Estado democrático, livrando-se das amarras da ilusão liberal de acreditar que sua missão consiste simplesmente na proteção da propriedade privada e que as mudanças sociais que o Brasil necessita passam ao largo de sua função e que, se tiverem de acontecer acontecerão, independentemente de sua participação.

Nesse contexto em que se observa uma nova realidade no Direito, destacam-se os jusfilósofos, o americano Dworkin e o alemão Alexy, que propõem uma abordagem mais consentânea para essa nova concepção do Direito, embasada estruturalmente em formações de índole construtivista, racional-ponderadora e argumentativa. Partem ambos do pressuposto dos princípios como normas jurídicas. Assim, as normas passam a ser o gênero, cujas espécies são os princípios e as regras.

Dessa feita, Dworkin, com a sua teoria construtiva que também atribui *vida normativa* aos princípios, parte da idéia do direito como integridade, em que busca construir a melhor decisão para os casos postos em julgamento, interando a prática jurídica com a prática social, no âmbito de uma comunidade em que cada cidadão respeita os princípios de equidade e de justiça. A interpretação construtiva objetiva, a partir de uma moral política substantiva e com a pretensão de utilizar o melhor argumento, impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam.

Não é ocioso mencionar que, para Dworkin, dizer que um homem tem um direito fundamental contra o Estado significa que esse direito é necessário para proteger a sua dignidade ou sua posição enquanto detentor da mesma consideração e do mesmo respeito que os outros homens. Nessa esteira, o autor defende que “a instituição dos direitos é crucial, pois representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas” (DWORKIN, 2002, p. 314).

De seu turno, estatui Alexy (2008) que as regras são normas que, ao cumprirem determinadas condições, ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam definitivamente que se faça algo, consubstanciando-se em mandatos definitivos. Vale dizer, as regras são normas que sempre são ou não satisfeitas e, por conseqüência, elas contêm determinações fáticas e juridicamente possíveis, não necessitando de ponderação. Sua forma de aplicação característica é a subsunção (subsunção dos fatos às hipóteses previstas na norma). Os princípios, por sua vez, são mandatos de otimização. Enquanto tais, são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e

jurídicas. Significa que os princípios podem realizar-se em diferentes graus, em virtude da necessidade de ponderá-los frente à observância de outros princípios contrapostos.

Dessarte, o mínimo existencial, como direito dedutível dos direitos sociais e do princípio da dignidade humana, tem caráter essencialmente programático-principiológico. E portanto, o método interpretativo/aplicativo desse direito não é o subsuntivo, mas o ponderativo. Assim, neste método devem ser utilizadas as máximas da proporcionalidade (sentido amplo), em que o alcance do mínimo existencial será fixado a partir de um dado caso concreto.

Observa-se que o método construtivo de Dworkin e a teoria dos princípios de Alexy visam, sobretudo, a solucionar os *hard cases* – e a fixação do alcance do mínimo existencial enquadra-se nessa hipótese, mercê da indeterminabilidade de seu conteúdo – no âmbito de uma decisão judicial, pretendendo mostrar a “prática judicial sob sua melhor luz” (DWORKIN, 2003, p. 272).

Com o método construtivo de Dworkin e a teoria dos princípios de Alexy, objetiva-se, assim, dar normatividade e efetividade ao texto constitucional, por meio de novas formas e métodos interpretativos. Auxiliam, também, na concretude ou efetividade do mínimo existencial, as técnicas interpretativas do modelo clássico (gramatical, histórica, sistemática e teleológica) e os princípios de interpretação constitucional (princípio da unidade da constituição; princípio do efeito integrador; princípio da conformidade funcional; princípio da concordância prática ou harmonização e princípio da força normativa da constituição).

A partir dos elementos expostos, com destaque para os métodos interpretativos de Dworkin e Alexy, engendra-se um *modelo maximizador da efetividade do mínimo existencial*, que serve como parâmetro para elaborar uma crítica em relação à decisão da Excelsa Corte na área de educação, haja vista que o neoconstitucionalismo não defende uma pureza metodológica, mas sim o uso, desde que argumentativamente justificado, das metodologias mais aptas a defender e tornar efetivo o texto constitucional.

De seu turno, verifica-se que a decisão analisada harmoniza-se com os postulados estudados e defendidos ao longo do trabalho, os quais consubstanciam-se no desígnio permanente da teoria neoconstitucionalista em atribuir a máxima efetividade à Lei Maior, e, por via de consequência, ao direito ao mínimo existencial.

Impende mencionar, ainda, que a atuação do Supremo Tribunal Federal, ao dar concretude ao texto constitucional, por ser o guardião da Magna Carta e o último a dar a palavra em matéria de constituição, por certo, influenciará as instâncias inferiores, bem como encorajará o órgão do Ministério Público e os cidadãos a defenderem os seus direitos (efeito

pedagógico e conscientizador), visto que é importante os interessados buscarem o reconhecimento efetivo desses direitos postergados, “até a consolidação de uma consciência nacional capaz de determinar a positividade fática destes direitos, ao menos quando levados à apreciação jurisdicional” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 17).

Nesse passo, importante a reflexão de Hesse (1999, p. 19), para quem “a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*.” (Grifos do autor).

Demais disso, com fundamento nos métodos interpretativos propugnados pela teoria neoconstitucionalista, procura-se responder às indagações formuladas na introdução deste trabalho. Portanto, mediante o aprofundamento da temática concernente à efetividade do mínimo existencial, algumas importantes conclusões são aferidas, dentre as quais destacam-se:

a) o § 1º do art. 5º da CF autoriza que inclusive os direitos fundamentais prestacionais geram, quanto ao seu núcleo básico (essencial e intangível), direito subjetivo público, pois que viabiliza ao indivíduo que exija do Estado uma prestação positiva, que esteja em consonância com a norma constitucional correspondente. Refere-se o direito subjetivo público à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, significando que o direito ao mínimo existencial é exigível e justiciável, podendo ter a sua aplicação forçada por meio do Poder Judiciário. Em outros termos, pode dizer-se que se o Estado deixar de cumprir com os seus deveres (de respeito, proteção e promoção) decorrentes das normas constitucionais, das quais extraem-se o conteúdo do direito ao mínimo existencial, frente aos correlatos direitos dos cidadãos, poderão estes compelir o Estado a cumprir com os aludidos deveres, forçadamente, mediante um processo judicial;

b) o mínimo existencial representa um direito jusfundamental, não podendo a ele ser opostas as restrições admitidas para os direitos sociais prestacionais, na parte que extrapola o seu núcleo essencial, como estrutura programática ou principiológica de suas normas, reserva do possível fática (salvo total impossibilidade financeiro-orçamentária, objetivamente comprovada) ou jurídica, discricionariedade administrativa, inclusive quanto à fixação de políticas públicas, violação dos princípios democrático e da separação de poderes;

c) o alcance ou conteúdo do direito ao mínimo existencial, este dedutível das normas constitucionais de direitos sociais e do princípio da dignidade humana que têm caráter

programático ou principiológico, somente poderá encontrar a sua máxima efetividade por meio de métodos interpretativos que pressupõem, portanto, a força concretizadora das normas de natureza programática ou principiológica. Métodos com esse teor são aqueles de índole neoconstitucionalista;

d) os métodos interpretativos trazidos à luz neste trabalho consubstanciam-se na teoria construtiva de Dworkin e na teoria dos princípios de Alexy, auxiliados pelas técnicas interpretativas do método clássico e pelos princípios de interpretação constitucional. Mediante o manejo de tais instrumentos de cunho interpretativo, é possível buscar a potencialização do alcance ou conteúdo do mínimo existencial no bojo de um processo judicial em relação a um determinado caso concreto, pois a sua fixação *a priori* tende a restringi-lo, antes que expandi-lo;

e) a partir dos elementos expostos, procura-se a expansão do conteúdo do direito ao mínimo existencial, que depende das particularidades do caso *sub judice*. Observado que, atingido um patamar evolutivo quanto ao conteúdo do mínimo existencial em dada situação concreta, para situações futuras de igual natureza, não se admitem retrocessos sociais. O mínimo existencial postulado neste estudo é maleável, dinâmico, encontra-se em constante evolução e acompanha o avanço econômico e social de uma determinada comunidade. Logo, o alcance do mínimo existencial é fixado como um ponto de partida e não como um termo de chegada.

Impende registrar, por fim, que a Constituição Federal de 1988, que desde o seu nascedouro, pretendeu-se tão inclusiva ao alçar o ser humano e a sua dignidade ao seu topo máximo, nada ou muito pouco é capaz de realizar ou transformar no meio social se as suas normas não tiverem efetividade e forem consideradas como meros programas a serem executados em um futuro incerto, quando a situação orçamentário-financeira do país for a melhor e inexistir qualquer crise fiscal a ser sanada; ou quando os governantes, ao seu livre talante, decidirem que é chegado o momento de implantação de políticas públicas de cunho social.

Dessa forma, do que terá adiantado a proclamação de direitos fundamentais para a inclusão dos excluídos, se várias pessoas não terão conseguido saciar de forma satisfatória a fome e a sede e terão morrido de doenças, decorrentes da pobreza; tantas outras não terão tido sequer oportunidade de completar o ensino fundamental; muitas jamais terão conseguido um teto onde morar e a falta de um eficaz serviço de assistência social as farão padecer, vivendo uma vida sem qualquer conforto ou dignidade? Pois, consoante assevera Donnelly (2002), só

há direitos humanos porque há excluídos e tais direitos decorrem de um sistema excludente, de uma sociedade dogmática e preconceituosa, que distribui mal os seus recursos.

É cediço que nem o Estado, nem o Direito são capazes de solucionar todas as mazelas sociais, toda a pobreza e a miséria; no entanto, ainda nos dias de hoje, são importantes e imprescindíveis aliados para minorar os problemas que afligem a maior parte da população brasileira. Se o Estado arrecada tributos da população que produz, por que não os distribui de forma mais igualitária à população incapacitada de produzir? A situação de pobreza e miséria engendra mais pobreza e miséria. É difícil começar do negativo, em completa desvantagem, sem ter o mínimo vital, pois sem este mínimo não há liberdade para superar a doença, a fome, as deficiências do sistema educacional, a situação de desemprego, a falta de dignidade.

Há o mínimo dos mínimos, o mínimo imprescindível, mas há também o mínimo necessário para uma vida digna. O que se postula neste estudo não é o mínimo dos mínimos, mas o mínimo necessário em sua dimensão máxima, consoante exigido em um Estado democrático de Direito. A partir da conquista deste mínimo em sua dimensão máxima, a pessoa terá condições de lutar pela igualdade em relação a outras pessoas que se encontrem em melhores condições de vida.

O Estado é meio, instrumento para o cumprimento dos direitos fundamentais albergados pelo Direito, ainda mais quando esses se consubstanciam no mínimo para uma existência digna. Fora desse objetivo, incide o Estado em total déficit de legitimidade e, verifica-se, em violação do Direito, o desvio de finalidade. Constata-se, outrossim, que “o Direito oprime, oculta, aliena e domina. Mas ao mesmo tempo que é fruto dos sonhos, também liberta, emancipa e torna os homens felizes” (BACHELARD *apud* SCHIER, 1999, p. 15)

Em síntese, ao constatar que a maximização da efetividade do mínimo existencial é um dos instrumentos aptos para minorar a situação de grande desigualdade existente no Brasil, oxalá este presente estudo possa contribuir, ainda que de forma modesta, para a redução da distância que separa o país constitucional do país real.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Afonso Gomes. *Lei de responsabilidade fiscal: questões práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. (Lei Complementar nº 101/00).

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

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Serviços públicos e direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-30.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BALERA, Wagner. A dignidade da pessoa e o mínimo existencial. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marcos Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 1.341-59.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001a.

\_\_\_\_\_. *Discrecionabilidade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001b.

BARACHO, José Alfredo. O. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf/artigo\\_controle\\_pol\\_ticas\\_p\\_blicas.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2009.

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lopes (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007a, p. 97-135.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 327-405.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Constituição. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2006, p. 144-148.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 9, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em 20 dez. 2009.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Tradução Dankwart Bernsmuller. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000. (Capítulo IV – diferenciação histórica dos direitos humanos).

BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Advogado, 2005.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Mandado de injunção na tutela de direitos sociais*. Salvador: JusPodivm, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. BOVERO, Michelangelo (Org.). Rio de Janeiro, Campus, 2000.

\_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONALDO, Frederico; BENEDUZI, Renato Resende. Razão prática e razão teórica. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2006, p. 690-695.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História constitucional do Brasil*. 9. ed. Brasília: OAB, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 103-194.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: \_\_\_\_\_(Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_; MAIA, Antônio Cavalcanti. Teoria da argumentação jurídica. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2006, p. 64-68.

CAETANO, Marcello. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v.1.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução Antonio Manuel da Rocha. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, Vol. I.

\_\_\_\_\_. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, v. 2, n. 2, p. 13-39, 2001. Disponível em <[http://www.ibdh.org.br/ibdh/revista\\_02.asp](http://www.ibdh.org.br/ibdh/revista_02.asp)> Acesso em: 2 jul. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O princípio da efetividade e os direitos sociais urbanísticos. In: GARCIA, Emerson. (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 303-334.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CIPRIANI, Juliana. Reformas políticas: muitas propostas, pouca ação. *Correio Braziliense*, Brasília, 28 dez. 2009. Disponível em: <[http://www.reformapolitica.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=314:reforma-politica-muitas-propostas-pouca-acao&catid=45:legislativo](http://www.reformapolitica.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=314:reforma-politica-muitas-propostas-pouca-acao&catid=45:legislativo)>. Acesso em: 10 jan. 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos sociais. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais*. São Paulo: LTr, 2002.

CUNHA, Alexandre Sanches. *Todas as constituições brasileiras*. Campinas, SP: Bookseller, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005.

DANTAS, Marcus. Jurisprudência dos conceitos. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2006, p. 482-485.

DEMO, Pedro. *Solidariedade como efeito de poder*. São Paulo: Cortez; Instituto Paulo Freire, 2002. (Coleção Prospectiva; v. 6).

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Professor Gilmar Mendes; v. 4)

DIMOULIS, Dimitri.; DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory & practice*. 2. ed. Ithaca: Cornell University Press, 2002.

DOTTI, Orlando. *História da doutrina social da igreja e introdução geral do compêndio da doutrina social da igreja (DSI)*. Disponível em: <[http://www.catedraldecaxias.org.br/textos\\_pe\\_leomar/doutrina.doc](http://www.catedraldecaxias.org.br/textos_pe_leomar/doutrina.doc)>. Acesso em: 09 mar. 2009.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003 (Coleção Justiça e Direito).

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002 (Coleção Justiça e Direito).

ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e conceito de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. Hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro antes e após a emenda constitucional 45, de dezembro de 2004. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coords.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá, 2008. v. 2, p. 183-210.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 42, n. 165, p. 39-50, jan./mar. 2005.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Colisão de direitos fundamentais e a regra da proporcionalidade*. Disponível em: <[http://www.tj.ma.gov.br/site/conteudo/upload/9287/20070305\\_esmam.doc](http://www.tj.ma.gov.br/site/conteudo/upload/9287/20070305_esmam.doc)> Acesso em: 16 jan. 2010.

FREITAS, Juarez. *Discrecionariiedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GOIÁS. *Secretaria da Fazenda*. Relatório resumido da execução orçamentária e demonstrativo da receita corrente líquida: 6º bimestre de 2009. Disponível em: <[http://www.controleinterno.goias.gov.br/site/relatorios/gestao\\_fiscal/2009/bim6/RCL.pdf](http://www.controleinterno.goias.gov.br/site/relatorios/gestao_fiscal/2009/bim6/RCL.pdf)> Acesso em: 1º fev. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da proibição deficiente. In: *Direito e Justiça*, dez. 2009. Disponível em: <<http://www.paranaonline.com.br/canal/direito-e-justica/news/417200/?noticia=princípio+da+proibicao+de+protecao+deficiente>>. Acesso em: 14 jan. 2010.

GORZ, André. *Misérias do presente, riqueza do possível*. Tradução Ana Montoia. São Paulo: Annablume, 2004.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Interpretação do direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2006, p. 471-475.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v. 2.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. (Textos selecionados e traduzidos por: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho).

\_\_\_\_\_. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado democrático de direito: a necessidade do debate “procedimentalismo *versus* substancialismo”. In: *Lex*. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/noticias/argibos/default.asp?artigo\\_id=1137025&dou=1](http://www.lex.com.br/noticias/argibos/default.asp?artigo_id=1137025&dou=1)> Acesso em: 24 jul. 2009.

Justiça determina transferência de pacientes do SUS para UTIs. *JUSBRASIL*, n. 23 abr. 2003. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/141739>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

KANT, Immanuel. O que é esclarecimento? Disponível em: <[http://www.ateus.net/ebooks/acervo/o\\_que\\_e\\_esclarecimento.pdf](http://www.ateus.net/ebooks/acervo/o_que_e_esclarecimento.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2009.

KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2006, p. 248-251.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamago. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o protocolo de San Salvador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEPARGNEUR, Hubert. *A igreja e o reconhecimento dos direitos humanos na história*. São Paulo: Cortez & Moraes, 1977.

LIMA, George Marmelstein. A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?ide=2625>. Acesso em: 17 jan. 2010.

LIMA, Máriton Silva. A história dos direitos sociais. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 9, n. 848, out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7434>>. Acesso em: 09 mar. 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. 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*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 113-143.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em 04 jan. 2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Tradução Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Albuquerque de. *O § 2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-33.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 4.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução Maria de Lourdes Sirgado Ganho. Portugal: Edições 70, 2008.

MONICA, Eder Fernandes. A teoria de Dworkin para a superação da tensão entre segurança jurídica e decisão justa. *Revista de Direito Público*, Universidade Estadual de Londrina, v.2, n. 3, set/dez. 2007. Disponível em: <[http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/VOLUME\\_2/num\\_3/eder.pdf](http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/VOLUME_2/num_3/eder.pdf)>. Acesso em: 05 jan. 2010.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*: Tradução Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional: teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008 (Coleção Gilmar Mendes; v. 7).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Aspectos jurídicos do Brasil contemporâneo: o pós-positivismo chega ao Brasil. inaugura-se um constitucionalismo de transição. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado *Instituto Brasileiro de Direito Público*. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em 04 out. 2008.

\_\_\_\_\_. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008a.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito I*. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEDEL, José. *A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000 (Coleção Filosofia 108).

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2009.

OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. Princípio da separação de poderes e jurisdição constitucional: a experiência brasileira. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 147-156.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima; CALIL, Mário Lúcio Garcez. Reserva do possível, natureza jurídica e mínimo existencial: paradigmas para uma definição. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2008. Brasília, Anais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 3.721-44. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/11\\_369.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/11_369.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba, Juruá, 2008.

PAULA, Alexandre Sturion de. (Coord.). *Ensaio constitucionais de direitos fundamentais*. São Paulo: Servanda, 2006.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*, Brasília, v. 9, n. 30, p. 70-80, jul./set./2005. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/680/860>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos. *et al* (Coords.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 67-81.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

\_\_\_\_\_. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

POCHMANN, Marcio *et al* (Org.). *Atlas da exclusão social: a exclusão no mundo*. São Paulo: Cortez, 2004. 4 v.

POLICARPO, Douglas; ROSSINI, Angela; CASTRO, Gilmara Cristina Braz de. Ação civil pública: histórico, natureza e tutela. In: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano (coord.) *Proteção judicial dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007, p. 111-125.

QUEIROZ, Ari Ferreira. Eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais: interpretação realista do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988. *Biblioteca Digital da PUC - Sapientia*, São Paulo, 2006. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=4225](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4225)>. Acesso em: 04 jan. 2010.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. *O liberalismo político*. Tradução João Sedas Nunes. Lisboa: Editorial Presença, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo Paulo: Saraiva, 2001.

SALLE, João Luiz Pippi; JEDNAK, Roman. In: SOUZA, João Carlos Ketzer (Orgs.). *Cirurgia pediátrica: teoria e prática*. São Paulo: Roca, 2008, p. 607.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

SANTA SÉ. *Encíclicas Papais*. Disponível em: [http://www.vaticana.va/offices/papal\\_docs\\_list\\_po.html#R](http://www.vaticana.va/offices/papal_docs_list_po.html#R). Acesso em: 09 fev. 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007 (Coleção questões da nossa época: v. 134).

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a, p. 551-602.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 1, p. 59-88, jan./mar. 2006b.

\_\_\_\_\_. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, Rio Grande do Sul, n. 98, jun. 2005. v. 32.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: \_\_\_\_\_; TIMM, Luciano Benett (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan/mar. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidconteudoShow.aspx?idConteudo=56993>. Acesso em: 23 jul. 2009.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Revista de Interesse Público*. Porto Alegre, v. 15, n. 32, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SGARBI, Adrian. *Teoria do direito: primeiras lições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Norma. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2006, p. 598-603.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, Filipe Carreira da. Habermas e a esfera pública: reconstruindo a história de uma ideia. In *Sociologia, Problemas e Práticas*, [on line], n. 35, p. 117-138, 2001. Disponível em <<http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/spp/n35/n35a05.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. 3 tir. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVEIRA, Daniel Barile. Paradigmas da interpretação constitucional: desafios ao entendimento das sociedades modernas. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 1, n. 1, p. 51-61, mar. 2006. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/arquivos/v1n1/a4.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

SOUSA, Oziel Francisco de. *A efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário: uma breve análise*. São Paulo: All Print Editora, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o problema da discricionariedade dos juízes. Disponível em: <[http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira\\_edicao/artigo\\_lenio\\_luiz\\_streck\\_hermeneutica.pdf](http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_lenio_luiz_streck_hermeneutica.pdf)>. Acesso em 04 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo. STRECK, Lenio Luiz (org.) *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005a, p. 153-185.

\_\_\_\_\_. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais. *Revista da Ajuris*, Rio Grande do Sul, Ano XXXII, nº 97, mar. 2005b.

SUPLICY, Eduardo Matarazzo; BUARQUE, Cristovam. Garantia de renda mínima para erradicar a pobreza: o debate e a experiência brasileiros. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 30, ago. 1997. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=so10340141997000200007&ing+em&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=so10340141997000200007&ing+em&nrm=iso). Acesso em: 10 jan. 2010.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (dês) estruturando a justiça: comentários completos à ec n. 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TOSI, Giuseppe. Direitos humanos, direitos humanizantes, 1999. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/artigo1.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2009.

TRUJILLO, Isabel. Imparcialidade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2006, p. 463-467.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIEIRA, José Ribas. A contribuição das trajetórias constitucionais americana e alemã para redefinir o conceito de constituição pós-45. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Perspectivas da teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 197-209.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

## LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988)*. Emenda constitucional de Revisão n. 01, de 1º de março de 1994. Acrescenta os arts. 71, 72 e 73 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Emendas/Emr/emr1.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Emendas/Emr/emr1.htm)> Acesso em: 5 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988)*. Emenda constitucional n. 64, de 4 de fevereiro de 2010. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Emendas/Emc/emc64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Emendas/Emc/emc64.htm)> Acesso em: 8 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988)*. Emenda constitucional n. 62, de 9 de dezembro de 2009. Altera o art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Emendas/Emc/emc62.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Emendas/Emc/emc62.htm)> Acesso em: 5 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988)*. Emenda constitucional n. 59, de 11 de novembro de 2009. Acrescenta o § 3º ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da Desvinculação das Receitas da União incidente sobre os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal, dá nova redação aos incisos I e VII do art. 208, de forma a prever a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e ampliar a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica, e dá nova redação ao § 4º do art. 211 e ao § 3º do art. 212 e ao *caput* do art. 214, com a inserção neste dispositivo de inciso VI. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Emendas/Emc/emc59.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Emendas/Emc/emc59.htm)> Acesso em: 5 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988)*. Emenda constitucional n. 53, de 19 de dezembro de 2006. Dá nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Emendas/Emc/emc53.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Emendas/Emc/emc53.htm)> Acesso em: 6 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988)*. Emenda constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Emendas/Emc/emc42.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Emendas/Emc/emc42.htm)> Acesso em: 6 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988)*. Emenda constitucional n. 27, de 21 de março de 2000. Acrescenta o art. 76 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo a desvinculação de arrecadação de impostos e contribuições sociais da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Emendas/Emc/emc27.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Emendas/Emc/emc27.htm)> Acesso em: 10 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988)*. Emenda constitucional n. 17, de 22 de novembro de 1997. Altera dispositivos dos arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão n. 1, de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Emendas/Emc/emc17.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Emendas/Emc/emc17.htm)> Acesso em: 10 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988)*. Emenda constitucional n. 10, de 4 de março de 1996. Altera os arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão n. 1, de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Emendas/Emc/emc10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Emendas/Emc/emc10.htm)> Acesso em: 10 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988)*. Emenda constitucional n. 10, de 4 de março de 1996. Altera os arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão n. 1, de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Emendas/Emc/emc10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Emendas/Emc/emc10.htm)> Acesso em: 10 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 1º fev. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.835, de 8 de janeiro de 2004, que institui a renda básica de cidadania e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 jan. 2004. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 mai. 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 7 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.882, de 3 de dez. de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 7 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 7 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.689, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 mar. 1964. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, que dispõe sobre a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 set. 1942. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dumanos.htm>. Acesso em 10 mar. 2009.

GOIÁS. Lei n. 16.473, de 23 de janeiro de 2009. Orça a receita e fixa a despesa do Estado para o exercício de 2009. *Diário Oficial do Estado*, Goiás, 27 jan. 2009. Disponível em: [http://www.gabcivil.go.gov.br/pagina\\_leis.php?id=7811](http://www.gabcivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=7811). Acesso em: 10 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei n. 16.310, de 5 de agosto de 2008. Dispõe sobre as diretrizes orçamentárias para o exercício de 2009 e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado*, Goiás, 8 ago. 2008. Disponível em: [http://www.gabcivil.go.gov.br/leis\\_ordinarias/2008/lei\\_16310.htm](http://www.gabcivil.go.gov.br/leis_ordinarias/2008/lei_16310.htm). Acesso em: 10 jan. 2010.

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário n. 600419 – SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de São Paulo. Decisão Monocrática. Relator: Ministro Celso de Mello, julgamento de 03/09/2009, DJ 25/09/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 554075 – SC. Agravante: Município de Criciúma. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Primeira Turma. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, julgamento de 30/06/2009, DJ 20/08/2009, Ement. Vol-02370-08, pp – 071716 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=554075&classe=RE-AGR>. Acesso em: 16 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 592075 – SP. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Primeira Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento de 19/05/2009, DJ 04/06/2009, Ement. Vol-02363-11, pp – 172-174. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=592075&classe=AI-AGR>. Acesso em: 16 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 592937 – SC. Agravante: Município de Criciúma. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Segunda Turma. Relator: Ministro Cezar Peluso, julgamento de 12/05/2009, DJ 04/06/2009, Ement. Vol-02363-11, pp – 02226 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=592937&classe=RE-AGR>. Acesso em: 16 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus n. 92566 - SP. Paciente: José Arlindo Passos Correa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgamento de 03/12/2008, DJe 05/06/2009, Ement Vol-02363-03, pp- 00451. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000084802&base=baseAcordaos>. Acesso em: 2 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo de Instrumento n. 590962 – SP. Agravante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Agravado: Município de São Paulo. Decisão Monocrática. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento de 24/09/2008, DJ 16/10/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> . Acesso em: 16 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário n. 566471 – RN. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte; Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Intimados (*amicus curiae*): Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Estado de São Paulo; Estado do Rio de Janeiro; ABRAM – Associação Brasileira de Assistência à Muscoviscidose. Decisão Monocrática. Repercussão Geral. Relator: Ministro Celso de Mello, julgamento de 15/11/2007, DJ 07/12/2007, Ement Vol – 02302 pp – 01685. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/> . Acesso em: 6 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Injunção n. 670-ES. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. julgamento de 25/10/2007, DJ 30/10/2008, RTJ Vol. – 02339-01 pp – 00001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=00086372&base=baseAcordãos#>. Acesso em: 1º fev. 2010.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Injunção n. 712-PA. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. julgamento de 25/10/2007, DJ 30/10/2008, RTJ Vol. – 02339-01 pp – 00384. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000002359&base=baseAcordãos#>. Acesso em: 1º fev. 2010.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 384201 – SP. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgamento de 26/04/2007, DJ 03/08/2007, Ement Vol – 02283-05 pp – 00890. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=384201&classe=REAgR> . Acesso em: 16 nov. 2009.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário n. 467255 – SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de São Paulo. Decisão Monocrática. Relator: Ministro Celso de Mello, julgamento de 22/02/2006, DJ 14/03/2006, pp – 00053. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> . Acesso em: 16 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário n. 418376 – MS. Recorrente: José Adélio Franco de Moraes. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgamento de 09/02/2006, DJ 23/03/2007, Ement Vol – 02269-04 pp – 00648. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=418376&classe=RE>. Acesso em: 15 nov. 2009.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 463210 – SP. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Segunda Trama. Relator: Ministro Carlos Velloso, julgamento de 06/12/2005, DJ 03/02/2006. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/ObterInteiroTeor.asp?numero=463210\\$classe=RE-Agr](http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/ObterInteiroTeor.asp?numero=463210$classe=RE-Agr). Acesso em: 16 nov. 2009.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário n. 410715 – SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santo André. Decisão Monocrática. Relator: Ministro Celso de Mello, julgamento de 27/10/2005, DJ 08/11/2005, pp – 00056. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário n. 4366996 – SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santo André. Decisão Monocrática. Relator: Ministro Celso de Mello, julgamento de 26/10/2005, DJ 07/11/2005, RDDP n. 34, 2006, pp – 188-193. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar em Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 – DF. Argüido: Presidente da República. Argüente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Decisão Monocrática. Relator: Ministro Celso de Mello, julgamento de 29/04/2004, DJ 05/05/2004, RTJ Vol. – 00200-01 pp – 00012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Injunção n. 284-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. julgamento de 22/11/1992, DJ 26/06/1992, RTJ Vol. – 000139-03 pp – 00712. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000153581&b ase=baseAcordãos#>. Acesso em: 1º fev. 2010.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Injunção n. 232-RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves, julgamento de 02/08/1991, DJ 27/03/1992, RTJ Vol. – 000137-03 pp – 00965. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterinteiroTeoar.asp?numero=232&classe=MI>. Acesso em: 1º fev. 2010.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Injunção n. 283-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento de 20/03/1991, DJ 14/11/1991, RTJ Vol. – 000135-03 pp – 00882. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000154007&b ase=baseAcordãos>. Acesso em: 1º fev. 2010.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Injunção n. 107-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves, julgamento de 21/11/1990, DJ 02/08/1991, RTJ Vol. – 00135-01 pp – 00001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000154007&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 1º fev. 2010.