



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**A EFETIVAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS
PRESTACIONAIS**

ANA LÚCIA DA COSTA BARROS

Rio de Janeiro
2015

ANA LÚCIA DA COSTA BARROS

A EFETIVAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS
PRESTACIONAIS

Monografia apresentada como exigência de conclusão de
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professor Orientador: Guilherme Peña de Moraes
Professora Coorientadora: Néli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro
2015

ANA LÚCIA DA COSTA BARROS

**A EFETIVAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS
PRESTACIONAIS**

Monografia apresentada como exigência de conclusão de
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
____/____/____ da Escola de Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 201__

BANCA EXAMINADORA:

Prof. XXXXXXXXXXXXX
(Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ)

Prof. YYYYYYYYYYYYYY
(Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ)

Prof. ZZZZZZZZZZZZZZ
(Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ)

À minha mãe, guerreira e exemplo de vida, que sempre me apoiou e apoia nos momentos mais difíceis da minha vida...

Ao meu pai, que, ao seu jeito, embora tenha partido no início da minha vida adulta, contribuiu para que eu me tornasse a pessoa obstinada que sou; saiba que eu o tenho eternamente em meu coração...

Ao meu marido, André, que esteve ao meu lado, com muita paciência, diante das ausências e renúncias, e que, de uma forma especial e carinhosa, sempre me dá força e coragem...

À minha filha, Maria Sophia, que acaba de chegar e trouxe novo sentido ao meu caminhar...

Aos meus irmãos, por toda a compreensão diante das ausências...

As minhas lindas sobrinhas, Andressa e Vanessa, por tudo o que representam e pelo exemplo de garra, perseverança e alegria de vida...

Aos meus amigos, que auxiliaram para o sucesso dessa e de outras empreitadas ao longo do curso...

Aos meus professores, que me ensinaram que o conhecimento é algo que está sempre se renovando...

A todos vocês dedico esta, bem como todas as minhas demais conquistas.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que está sempre presente em minha vida, iluminando-me e guiando-me nesta eterna caminhada, pois sem Ele nada seria possível.

A toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

Aos amigos e colegas, pelo incentivo e pelo apoio constantes.

A todos os professores e demais funcionários do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia.

Em especial, à professora Néli Fetzner, coordenadora de metodologia da pesquisa e didática do ensino superior, pela paciência, pelo apoio, pela compreensão, pela amizade e pelo incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia, bem como o desbravamento de novas trilhas no meu caminhar profissional.

“Agir, eis a inteligência verdadeira. Serei o que quiser. Mas tenho que querer o que for. O êxito está em ter êxito, e não em ter condições de êxito. Condições de palácio tem qualquer terra larga, mas onde estará o palácio se não o fizerem ali?” Fernando Pessoa.

SÍNTESE

No Poder Judiciário brasileiro, são inúmeras as demandas judiciais cujo pedido cinge-se ao reconhecimento do direito a prestações positivas do Estado e, nesse cenário, que não é tão recente, mas ainda uma realidade, surgiu o ativismo judicial. Em razão da relevância do tema, é necessário compreender esse fenômeno, sob o prisma da garantia dos direitos sociais, sobretudo quanto aos mecanismos de efetivação desses direitos quando assegurados por meio da tutela jurisdicional. Para tanto, é mister explicitar sobre a natureza jurídica dos direitos em tela e abordar as classificações concebidas pela doutrina, bem como todo o arcabouço constitucional que o envolve. Nesse ponto, visa-se explicitar todos os princípios envolvidos que subsidiam as decisões do Judiciário para que a norma constitucional obtenha a máxima efetividade. Além disso, busca demonstrar como o neoconstitucionalismo, outro fenômeno jurídico contemporâneo, no Brasil e em outros países, influenciou a nova postura do Judiciário brasileiro e fixar os pontos controvertidos sobre o assunto. Nesse diapasão, é primordial ressaltar o apoio e as objeções a essa atitude proativa do Judiciário. Por fim, sedimentando-se o reconhecimento da legitimidade do Poder Judiciário para assegurar a prestação desses direitos positivos por parte do Poder Público, que teve como marco jurisprudencial a ADPF 45/2004, elucidam-se os meios de coerção e os meios de sub-rogação possíveis de serem manejados, como garantia de que a prestação da tutela jurisdicional não se tornará inócua nessas hipóteses e as decisões judiciais serão integralmente cumpridas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. OS DIREITOS SOCIAIS.....	12
1.1 Natureza das normas constitucionais.....	12
1.2 Histórico e natureza dos direitos sociais.....	17
1.3 Direito à educação.....	23
1.4 Direito à saúde.....	25
1.5 Direito à alimentação.....	27
1.6 Direito ao trabalho.....	30
1.7 Direito à moradia.....	31
1.8 Direito ao lazer.....	34
1.9 Direito à segurança.....	36
1.10 Direito à previdência social.....	37
1.11 Proteção à maternidade e à infância.....	39
1.12 Assistência aos desamparados.....	41
2. A INFLUÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	43
2.1 A construção do estado constitucional de direito.....	43
2.2 Marcos das transformações: histórico, filosófico e teórico.....	44
2.2.1 Marco histórico.....	45
2.2.2 Marco filosófico.....	46
2.2.3 Marco teórico.....	47
2.3 O novo direito constitucional: o neoconstitucionalismo.....	49
3. A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL.....	52
4. BASE PRINCIPIOLÓGICA E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES.....	59
4.1 Separação dos Poderes.....	61
4.2 Reserva do possível fática e jurídica.....	62
4.3 Vedação ao retrocesso social.....	64
4.4 Máxima efetividade.....	67
4.5 Mínimo existencial.....	68
4.6 Dignidade da pessoa humana.....	70
4.7 Razoabilidade e proporcionalidade.....	72

5. APOIO E OBJEÇÕES À INTERVENÇÃO JUDICIAL.....	75
6. RESPONSABILIZAÇÃO PELAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS.....	80
6.1 Multa.....	80
6.2 Prisão Civil.....	84
6.3 Execução específica da obrigação de fazer contra a Fazenda Pública.....	85
6.4 Responsabilidade político-administrativa.....	86
6.5 Responsabilidade penal.....	87
6.6 Responsabilidade civil.....	88
6.7 Responsabilidade disciplinar.....	89
CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS.....	94

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como escopo analisar a efetivação dos direitos sociais, que são direitos fundamentais, por meio da intervenção do Poder Judiciário. Dada a sua relevância, diante da realidade das demandas que são distribuídas diariamente nas serventias do Poder Judiciário brasileiro, o tema norteia-se na centralidade do Judiciário na tomada de decisões sobre o assunto, que está vinculado ao alcance político e a implementação de políticas públicas, conforme se perceberá no decorrer do presente artigo.

A pesquisa pretende elucidar as questões constitucionais envolvidas na análise do tema, que, oriundas de um documento político supremo, devem nortear todas as decisões do Estado em prol da sociedade. Além disso, tem a finalidade precípua de demonstrar como o Judiciário, que não tem competência constitucional de prover tal direito, tem atuado para garantir a sua efetividade, bem como identificar os pontos favoráveis e os contrários a essa intervenção judicial.

O tema em análise foi escolhido devido à repercussão social e jurídica envolvidas, pois no cenário atual revela-se importante a justiciabilidade que o Judiciário tem dado a esses direitos, quando invocado pelo indivíduo desprovido do amparo estatal, não obstante a separação dos poderes.

No capítulo 1, introduz-se o estudo sobre a natureza jurídica das normas constitucionais e dos direitos sociais, as classificações concebidas pela doutrina, bem como a análise de cada um desses direitos constitucionalmente previstos, notadamente sobre a ótica da jurisprudência.

No capítulo 2, analisa-se a influência do neoconstitucionalismo sobre essa nova postura do Judiciário brasileiro diante da crescente demanda.

O capítulo 3 explica os fenômenos da judicialização dos direitos sociais e a real concepção do termo ativismo judicial no cenário jurídico brasileiro.

No capítulo 4, aborda-se a base principiológica envolvida na solução dos conflitos constitucionais apresentados quando da busca da efetividade concreta dos direitos sociais. Nesse contexto, são explicitados e analisados os principais princípios utilizados, não só contra, mas também a favor da justiciabilidade dos direitos sociais.

No capítulo 5, apresenta-se os argumentos centrais de apoio e de objeção a essa atitude proativa do Poder Judiciário, não obstante as ponderações de índole principiológica já abordadas no capítulo anterior.

Por fim, o capítulo 6 explora as formas de responsabilização pelas omissões administrativas que promovem a deficiência das prestações positivas do Estado. Nesse sentido, examinam-se os meios de coerção para o fiel cumprimento das determinações judiciais concessivas desses direitos, bem como os meios de sub-rogação, como forma de responsabilidade pelo descumprimento não só das decisões judiciais, como também dos comandos constitucionais direcionados ao administrador.

Este trabalho foi realizado por meio de pesquisa qualitativa do tipo bibliográfico parcialmente exploratório. O estudo, não sendo desprezada toda a fonte doutrinária relativa à temática, vai ao encontro, principalmente, de toda a discussão jurisprudencial pátria, hoje empenhada na busca de balizas seguras e que se coadunem com os princípios fundamentais da Carta Magna brasileira para o desenvolvimento do bom ativismo judicial.

1. OS DIREITOS SOCIAIS

Para que se possa discutir e compreender a questão da efetividade dos direitos sociais, faz-se necessário não só pesquisar a evolução histórica e a natureza jurídica desse direito, mas também analisar a natureza das normas constitucionais em geral.

1.1. Natureza das normas constitucionais

As normas constitucionais, sob o aspecto formal, são todas as regras que integram uma Constituição rígida, não importando sua efetividade. Nesse aspecto, são consideradas normas constitucionais pelo simples fato de terem sido inseridas no corpo de uma Constituição rígida e escrita.

Já, na concepção de norma constitucional material ou substancial, é levado em consideração o seu conteúdo, ou seja, são assim consideradas aquelas que cuidam de aspectos relevantes do Estado, como a sua organização, os direitos fundamentais, entre outros, não importando se integram ou não uma Constituição escrita.

Entretanto, essa distinção, em um regime de Constituição como a brasileira, qual seja, escrita e rígida, não terá muita relevância jurídica, pois nessa hipótese, como será explicitado adiante, todas as normas têm o mesmo valor, ou seja, têm status constitucional e, como tal, devem ser respeitadas.

Em um sistema como o brasileiro, todo o controle de constitucionalidade considera, tão-somente, a supremacia formal da Constituição. Vale dizer que, se a norma integra uma Constituição rígida, seja qual for o conteúdo, será dotada de supremacia e não pode ser desobedecida.

Não há um rol taxativo de normas materialmente ou formalmente constitucionais, nem tampouco unanimidade na doutrina a respeito dessa classificação, pois são conceitos abertos, dinâmicos, que acompanham a evolução social do Estado.

Na esteira dessas divergências, em relação a direitos previstos no texto constitucional, entre os quais o objeto deste estudo, existe posicionamento doutrinário de que algumas dessas disposições constitucionais não têm natureza de direito constitucional, não sendo sequer norma jurídica, mas apenas um programa de normas jurídicas futuras de valor ético ou político. E, desse modo, o legislador poderia desobedecer esse comando, sem estar violando a Constituição. Isso se deve à concepção de que normas constitucionais materiais são aquelas que versam sobre a estrutura do Estado, funcionamento de seus órgãos, direitos e deveres do cidadão e, as formais, são todas as prescrições inseridas pelo constituinte numa constituição rígida, não importando sua natureza material. Contudo, diante da imperatividade das normas jurídicas, não é lícito recusar juridicidade constitucional àquelas de conteúdo material, posto que se transformam em formais, igual às demais, uma vez inscritas numa constituição rígida.

Afinal, uma das finalidades da rigidez é transformar em constitucionais todas as suas disposições, sendo apenas modificada por um processo legislativo bem diferente do previsto para formação de outras leis.

A Constituição Brasileira, como a maioria das cartas políticas atuais, contém regras de diversos tipos, função e natureza, posto que visam finalidades distintas. Contudo, são coordenadas, inter-relacionadas e eficazes, formando um sistema, diferenciando-se apenas quanto ao grau de seus efeitos jurídicos.

Dessa forma, segundo José Afonso da Silva, as normas constitucionais podem ser classificadas, em razão de sua eficácia, em três categorias: normas constitucionais de eficácia plena; normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia

limitada ou reduzida, sendo esta última dividida em normas definidoras de princípio institutivo ou organizativo e as definidoras de princípio programático.¹

As normas de eficácia plena são as que não exigem elaboração de novas normas para sua complementação, posto que são, suficientemente, explícitas na definição dos seus interesses, Logo, têm aplicabilidade direta, imediata e integral.

Já as normas de eficácia contida são aquelas que solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura. Por isso, são de aplicabilidade imediata, direta, mas não integral.

Por fim, as de eficácia limitada são aquelas que só incidem totalmente após uma normatividade ulterior que lhes confira eficácia, pois o legislador constituinte não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade suficiente para isso. Assim sendo, são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

Ainda como subdivisões das normas de eficácia limitada, têm-se as definidoras de princípio institutivo, que são as responsáveis em traçar esquemas gerais de estruturação e atribuições do Estado, e as definidoras de princípio programático, na qual está inserido o direito objeto deste artigo, e por isso, de maior relevância, que constituem programas a serem realizados pelo Poder Público, disciplinando interesses economico-sociais. Nestas, o legislador constituinte, ao invés de regular direta e imediatamente os interesses, limitou-se a traçar os princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Para o presente estudo, as normas constitucionais de eficácia limitada de natureza programática, é a mais importante de ser abordada.

¹ SILVA *apud* PAULO, Vicente. *Aulas de Direito Constitucional de Vicente Paulo*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.p.58.

As normas programáticas versam sobre matéria ético-social, constituindo-se verdadeiros programas de ação social, limitando-se a positivar princípios cogitados pelo constituinte, mas que deixa ao legislador ordinário ou a outros órgãos de governo a sua concretização.

Assim, muitas de suas normas precisam de regulamentação posterior para que lhes dê execução e aplicabilidade plena. Mas, não significa que haja regras não-jurídicas, especialmente em relação às programáticas, pois mesmo como uma indicação ao legislador futuro, não pode este escolher segui-las ou não, ou dispor de modo divergente, negando-lhe assim a mínima eficácia jurídica.

Dessa forma, todas as disposições constitucionais possuem eficácia jurídica, maior ou menor, tendo as normas de natureza programática um papel de destaque na ordem jurídica e no regime político do país.

Todas as normas nascem para serem aplicadas, visto que são criadas para regular as relações sociais, e isto significa enquadrar um caso concreto em uma norma jurídica adequada, amparando juridicamente os interesses humanos. Dentre vários aspectos jurídicos para sua aplicabilidade como vigência, validade e a eficácia, mas, sociologicamente pode-se afirmar que tais normas são eficazes na medida em que são efetivamente observadas e cumpridas.

A Constituição Brasileira é também chamada de compromissária, visto que é um documento jurídico de compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo ou socialismo. De um lado tem-se o liberalismo defendendo uma democracia política, na qual impõe-se restrições aos fins estatais, protegendo os indivíduos contra os abusos do Estado, que conhecemos como direitos negativos; de outro, o intervencionismo defendendo direitos econômicos e sociais, através de prestações estatais. Logo, um direito positivo. A mesclagem

desses princípios forma o conteúdo social da constituição. Por isso, a classificação como Constituição-dirigente, porque define fins e programas de atuação futura.

As normas constitucionais de princípio programático são as introduzidas no texto supremo em forma de princípios, ou seja, em esquemas genéricos, visando o desenvolvimento desses programas em momento ulterior.

O principal problema dessas normas é a dificuldade em atribuir um conceito determinado. Para alguns doutrinadores como Pontes de Miranda², são normas que não foram editadas para aplicação concreta, mas que são apenas diretrizes de orientação do Poder Público. Dessa forma, o legislativo, o executivo e o judiciário estão sujeitos aos seus ditames.

Para outros, são normas que traçam apenas os princípios a serem cumpridos por esses órgãos, como programas de suas respectivas atividades e visam à realização dos fins sociais do Estado.

Em relação à eficácia e à aplicabilidade das normas programáticas, aqui incluído os direitos sociais, ainda há o mito de que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, está repleta de normas de intenção, sem conteúdo jurídico ou força imperativa. Tais normas traduzem os elementos socio-ideológicos da constituição, ou seja, os direitos sociais e representam os fins e objetivos do Estado.

Contudo, na forma do art. 5º, parágrafo 2º da Carta Magna, esta é considerada um sistema jurídico aberto, pois é composto de regras e princípios.

As regras jurídicas garantem certeza e segurança do direito, mas os princípios garantem a distribuição da justiça social. Isso se deve ao fato de que os princípios são também normas jurídicas e, portanto, capazes de gerar por si só, direitos sindicáveis perante o Poder Judiciário.

² MIRANDA *apud* SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p 85.

A grande dificuldade está em se encontrar mecanismos constitucionais e fundamentação para superar o caráter abstrato e incompleto de uma norma definidora de direito social, que ainda são concebidas como programáticas, a fim de sua concretização prática.

As normas programáticas, ao determinarem a realização de fins sociais, visam a assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, na qual cada um deve dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as suas exigências físicas, políticas e espirituais.

1.2 Histórico e natureza dos direitos sociais

Na evolução dos direitos fundamentais, que costumam ser denominados na doutrina especializada como geração ou dimensões de direitos, os direitos sociais são classificados como direitos fundamentais de 2ª dimensão, ligados à igualdade e ao compromisso do Estado em promover o bem-estar social.

Os direitos de segunda geração representam a consolidação do *welfare state* e do dirigismo constitucional. Exigem prestações positivas do Estado na tentativa de concretizar uma isonomia substancial e social, balizada em melhores e adequadas condições de vida.

É a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX, que retrata o momento histórico dos direitos de 2ª dimensão. Nesse período eclodem movimentos impulsionados pelas péssimas condições de trabalho.

A Primeira Grande Guerra e a fixação dos direitos sociais são marcos do início do século XX. Essa evidenciação dos direitos sociais, correspondendo aos direitos de igualdade substancial, e não meramente formal, reluzem em documentos importantes como a

Constituição do México (1917), a Constituição de Weimar (Alemanha- 1919), o Tratado de Versalhes (OIT-1919) e a Constituição de 1934 (Brasil).

Deve ser ressaltado que, embora o marco no direito brasileiro tenha se dado com a Constituição de 1934, nos textos anteriores também havia alguma previsão.

Segundo Paulo Bonavides, essas Constituições, inicialmente, ao que hoje se refere à reserva do possível, passaram por um ciclo de baixa normatividade em virtude da natureza de exigência de prestações materiais pelo Estado, nem sempre possíveis em razão da exiguidade, carência ou limitação de meios e recursos.³

Nesse período, os direitos sociais passaram por uma crise de observância e execução, uma vez que foram remetidos à esfera programática e não detinham garantias instrumentalizadas por mecanismos processuais de proteção aos direitos de liberdade.

Os direitos sociais são uma espécie, do gênero, direitos e garantias fundamentais, classificados pela Constituição Federal de 1988 em seu título II.

Portanto, não obstante a possibilidade de concretização por meio de litígio individual, podem, ainda, ser implementados por meio de mandado de injunção ou ação direta de constitucionalidade, no caso de omissão legislativa.

Assim, os direitos sociais são direitos originários à prestação, fundado na Constituição e não derivado de lei, podendo ser invocado, inclusive judicialmente, contra a omissão do Poder Público, consoante art. 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Afinal, a força imediatamente vinculante dos direitos fundamentais reforça a pretensão ao direito positivo, de forma a exigir que o Estado intervenha ativamente para assegurar tal direito ao cidadão. Isso significa que são aplicáveis até onde as instituições ofereçam

³ BONAVIDES *apud* LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15.ed.rev.,atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p.861.

condições para seu atendimento, mas também, significa que uma vez que o Judiciário seja invocado em uma situação concreta, não pode deixar de aplicar a norma, conferindo ao interessado o direito reclamado, dentro da razoabilidade.

Como são direitos catalogados na Constituição, são direitos fundamentais, portanto, consoante art. 5º, parágrafo 1º da referida Carta Magna, são de aplicação imediata e direta.

Contudo, uma vez que o referido artigo trata de direitos individuais e coletivos e os direitos sociais estão previstos no art. 6º, uma leitura precipitada poderia levar à conclusão de que não se aplica o citado parágrafo a outros direitos fundamentais. Porém, além de estarem os direitos sociais inseridos no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, ao afirmar que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, o constituinte não especificou quais espécies de direitos fundamentais estão incluídos ou excluídos. Portanto, a aplicabilidade imediata é atributo de todos, mas reconhecer isso não significa que todos merecem o mesmo tratamento, pois são diferentes.

A previsão constitucional dos direitos sociais é uma norma que instituiu um dever correlato a um sujeito determinado, que é o Estado. Assim, ele tem o dever de cumprir tal obrigação, sob pena de estar descumprindo a norma. Ademais, não deixa de ser um direito subjetivo pelo simples fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias a sua fruição.

Há quem negue a natureza de direito fundamental aos direitos sociais e os considerem apenas como uma garantia institucional⁴. No sentido desse entendimento, parte-se do pressuposto de que tais direitos não podem ser exigidos e, por isso, constituem apenas anseios populares sem a menor condição de serem normatizados como direitos.⁵

⁴ Nesses casos, a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito, obrigando-o a expedir atos normativos conformadores e concretizadores de alguns direitos.

⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível em: < <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm> >. Acesso em 12/08/2012.

Os que seguem esse entendimento encontram amparo na lição de Norberto Bobbio⁶:

[...] Tanto é assim que na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de ‘programáticas’. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem hit et nunc, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados sine die, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo política, pode ainda ser chamado de direito? A diferença entre esses auto-intitulados direitos e os direitos propriamente ditos não será tão grande que torna impróprio ou, pelo menos, pouco útil o uso da mesma palavra para designar uns e outros? [...]

Entretanto, a Carta Magna brasileira já os incluiu no seu Título II e consagrou, de forma expressa, amplo catálogo de direitos sociais, o que foi o grande diferencial das Constituições anteriores⁷.

O texto constitucional não fez distinção entre os direitos sociais e os direitos capitulados no Título I. Ao revés, acolhe-os como autênticos direitos fundamentais ao estabelecer a sua aplicação imediata.⁸

A dependência de providências positivas do Poder Público, que são impostas pela Constituição e, logo, vinculantes a todos os órgãos do Estado, não afastam essa natureza.

Dessa forma, a orientação doutrinária⁹ e jurisprudencial¹⁰ moderna é no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata mesmo às normas de caráter socio-

⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 77.

⁷ A Constituição de 1988 segue a tradição inaugurada pela Carta de 1934 (arts.115-147) que incluiu, pela primeira vez, os direitos sociais sob o capítulo próprio intitulado “Ordem econômica e social”. A tradição de reservar um capítulo próprio para a ordem econômica e social repete-se nas Cartas de 1937 (arts. 135-155), 1946 (arts. 145-162) e 1967/69 (arts. 157-166). Contudo, costumava-se ligar os direitos sociais aos direitos dos trabalhadores, e não um rol amplo e individualizado.

⁸ Artigo 5º, §1º, da CRFB/88:” As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁹MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.p.692.

¹⁰TRATAMENTO MÉDICO. HIPOSSUFICIÊNCIA DEVER DO ESTADO E MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE. 1- Incumbe ao Estado e ao Município, solidariamente, garantirem tratamento médico e os medicamentos necessários àqueles hipossuficientes. 2- Obrigação constitucional que não cede ante a alegação de que o art 196 da Carta Magna é mera norma programática. Ao contrário, a norma é auto-aplicável. 3- Desinfluyente a alegação de falta de recursos orçamentários. Os Apelantes têm o dever ele promover políticas públicas, com verbas orçamentárias próprias, destinadas a garantir a saúde dos cidadãos carentes, que por força

ideológicas, não obstante serem classificadas, didaticamente, como norma de princípio programático.

A norma programática tem relevância a partir do momento em atribui fins ao Estado, dando as diretrizes de onde e como deve ser feito e, por isso, tem relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica. Elas importam na tentativa de superar a democracia formal em prol de um regime de democracia substancial, na qual visam à justiça social e ao bem comum.

São consideradas de eficácia limitada, mas visam a proteger certos interesses, como qualquer norma jurídica, e geram situações subjetivas positivas ou de vantagem. Dessa forma, geram vínculo ao legislador, ao juiz e ao administrador, que têm o dever jurídico de conformar-se a elas no desenvolvimento de suas competências, exercendo o seu poder dentro dos limites que as normas indicam.

A atividade discricionária da Administração, bem como a jurisdicional são condicionadas pelas normas programáticas, não podendo ir de encontro às suas finalidades e objetivos, sob pena de ser ato inconstitucional.

A doutrina discute se os direitos sociais, como norma programática que é, gera direito traduzido apenas como um simples interesse, como um interesse legítimo, como expectativa de direito ou de direito subjetivo.

desta condição não dispõe de recursos para a aquisição dos medicamentos. 3- Jurisprudência pacificada neste sentido. 4- Multa cominatória que se reduz por considerá-la excessiva. Recurso do Estado improvido e do Município provido, parcialmente, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator. (Apelação Cível - 2003.001.17324 - Órgão Julgador: SÉTIMA CÂMARA CÍVEL – TJRJ- DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO – Julgado em 30/9/2003)". Disponível em < <http://jus.com.br/revista/texto/7648/direito-a-saude-como-direito-decidadania#ixzz2PSod0evi>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

“Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do estado e do município providenciá-lo. Precedentes. Agravo regimental desprovido.”BRASIL. V. STF. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 550.530/PR. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em: 26/06/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

Para os que seguem a posição de que não são normas dotadas de juridicidade, que não tutelam quaisquer interesses, não geram, portanto, qualquer direito subjetivo positivo.

Contudo, adotando-se a posição de que as normas programáticas tutelam interesses juridicamente relevantes, não há dúvida que da exigibilidade dos direitos sociais, emana interesse legítimo que fundamenta a sua invocação para atender litígios individuais dos seus beneficiários.

As normas programáticas, em alguns momentos, produzem direito de exigir a contraprestação ou até mesmo a abstenção. Esta surge no momento em que limitam a atuação dos órgãos que só podem desenvolver suas atividades nos limites impostos por elas, nas suas diretrizes e princípios. Dessa forma, se não se pode exigir o direito positivo ou prestacional, por sua vez surge a possibilidade de exigir que o Poder Público não pratique atos contrários aos seus princípios.

Afinal, as normas são preceitos que tutelam situações subjetivas, enquanto os princípios são ordenações que irradiam os sistemas de normas, dotados de valores e bens constitucionais, sendo fonte de direito constitucional e constituindo um importante fundamento para a interpretação e aplicação do direito positivo.

Destarte, torna-se cada vez mais concreta a outorga de direitos e garantias sociais constitucionalmente garantidos.

Nos termos do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, são direitos sociais o direito à saúde, à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, bem como à assistência aos desamparados.

Os direitos sociais dos trabalhadores, prescrito no artigo 7º da Carta Magna, também deve ser incluído nesse rol.

É salutar, então, tecer alguns comentários sobre cada um desses direitos.

1.3 Direito à educação

O direito à educação, previsto no artigo 205 da CRFB/88, é direito de todos e dever do Estado e da família.

É um dos direitos sociais mais reclamados junto aos Tribunais, só perdendo em relação ao direito à saúde.

Pode-se ilustrar o tema com a edição da Súmula Vinculante nº 12, do Supremo Tribunal Federal: “a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV da Constituição Federal.”, o que denota a influencia determinante da atuação do Poder Judiciário sobre a garantia desse direito.

Como sabido, o requisito para edição de súmulas vinculantes é a existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional em relação a normas acerca das quais haja controvérsia atual, entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, o que demonstra como o tema é recorrente no seio do Poder Judiciário.

Há, ainda, importante julgado em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), que, não obstante ter sido julgada improcedente, demonstra a possibilidade efetiva do Poder Judiciário analisar questões afetas a políticas públicas.

A ADO 1698, ajuizada em 29/10/1997 pelos partidos políticos PT, PC do B e PDT, foi decidida após 12 anos. O pedido consistia na declaração de inconstitucionalidade e, via de consequência, na fixação de prazo para a adoção de medidas efetivas, em relação à omissão governamental na erradicação do analfabetismo.

Frise-se que o STF decidiu por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, pela improcedência, mas reconhecendo que ainda havia muito a ser feito em relação à educação brasileira:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM RELAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTS. 6º, 23, INC. V, 208, INC. I, e 214, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA INÉRCIA ATRIBUÍDA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA PARA ERRADICAR O ANALFABETISMO NO PAÍS E PARA IMPLEMENTAR O ENSINO FUNDAMENTAL OBRIGATÓRIO E GRATUITO A TODOS OS BRASILEIROS. 1. Dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos. 2. Ausência de omissão por parte do Chefe do Poder Executivo federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação. 3. A edição da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei n. 10.172/2001 (Aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição. 4. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente.¹¹

No julgado acima, decidiu-se pela improcedência diante da demonstração de que o Poder Público não está inerte quanto ao direito à educação, pois editou leis e mantém diversos programas governamentais afetos ao setor educacional.

O salutar nesse julgamento é a percepção de que não se afastou a apreciação do Poder Judiciário em matéria relativa aos direitos sociais.

É pertinente, ainda, trazer à ilustração, julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que demonstra a atitude proativa do Poder Judiciário frente às demandas afetas à educação, que, nesse Estado, dizem respeito, principalmente, às ausências de vagas na rede pública de ensino.

Nessas hipóteses, reconhece-se que, diante da inexistência de vaga, o Poder Público é compelido a arcar com as despesas junto à instituição privada de ensino. Nesse sentido, segue uma das decisões do supradito Tribunal:

MATRICULA EM ESCOLA PUBLICA
MENOR PORTADOR DE PARALISIA CEREBRAL
EDUCACAO ESPECIAL
FALTA DE VAGA
DIREITO A MATRICULA EM INSTITUICAO DE ENSINO PARTICULAR
DESPESAS ARCADAS PELO MUNICIPIO

¹¹ BRASIL. V. STF. ADI 1.698. Rel. Min. Carmem Lúcia, j. 25.02.2010, Plenário, DJE de 16.04.2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1698&processo=1698>. Acesso em: 12/01/2014.

Direito Constitucional. Direito à educação. Matrícula em escola pública. Criança portadora de paralisia cerebral. Educação especial. Falta de vaga. Inclusão em instituição de ensino particular. Despesas a serem arcadas pelo Município. Aplicação dos arts. 5º e 205 da Constituição Federal de 1988, arts. 53 e 54, III, da Lei nº 8.069/90 e arts. 3º, 58 a 60 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional ("Lei Darcy Ribeiro"), nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996."Segundo dispõe o art. 53, V, do ECA, o poder público deve assegurar a criança e a adolescente o acesso a escola pública e gratuita próxima a sua residência. Tal disposição é coerente com o previsto no art. 205 da CF/88, que prevê a educação como um dos direitos sociais de todo o cidadão. [...] Não se pode admitir que por uma gestão deficitária, o réu não disponha de estabelecimento de ensino com capacidade para atender a crianças como a autora. Por isso, a sua omissão deve ser compensada com o dever de matricular a autora em estabelecimento particular com tal especialidade, suportando os custos daí decorrentes.(Parecer do Ministério Público, fls. 69/70). Confirmação da sentença em reexame necessário.¹²

O julgado acima esclarece que a obrigatoriedade das crianças e adolescentes estarem devidamente matriculados na rede de ensino, que decorre de mandamento constitucional, mas também de legislação infraconstitucional, não encontra escusa na deficiência fática de provimento de vagas na rede pública.

1.4. Direito à saúde

A saúde é direito de todos e dever do Estado, uma prerrogativa constitucional inalienável e indisponível, decorrente do direito à vida, garantido de forma expressa no artigo 196 da Carta Magna brasileira.

No cotidiano do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, em relação à saúde, as demandas giram em torno, principalmente, do fornecimento de medicamentos, realização de procedimentos cirúrgicos e vagas nas redes hospitalares para internação.

¹² BRASIL. V. TJRJ. 0014235-13.2009.8.19.0014 - Reexame Necessario. Relator: Des. Nagib Slaibi. Julgamento: 02/02/2011. Sexta Câmara Cível. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?mgwlpn=consulta&pgmwebjrp103_xprod&portal=1&lab=jurxweb&data=63225&job=24557&ini=11&origem=1&tot=14&palavra=educacao%20matricula%20instituicao%20particular&pri1=&pri2=&pri3=&flagconta=0&checkacordao=1&checkdecisaomono=1. Acesso em: 07/02/2014.

Nesse contexto, traz-se à colação ementa de julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. Ação ordinária objetivando compelir o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro a providenciarem internação em leito de UTI em hospital da rede pública estadual ou municipal. Possibilidade de fixação de multa diária, em sede de tutela antecipada, arbitrada de acordo com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade. Agravo retido improvido. Preliminar de ausência de interesse superveniente de agir devidamente rechaçada pelo Juízo a quo. Responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios a assegurar o fundamental direito à saúde. Súmula nº 65 do E. TJRJ. A saúde é direito de todos, constituindo dever do ente público prover os meios suficientes para garanti-la aos necessitados, fornecendo os medicamentos e insumos necessários à sobrevivência do paciente. Ausência de interesse recursal quanto ao custeio da internação do autor em hospital da rede privada, uma vez que determinada, tão somente, a remoção do mesmo para hospital da rede pública dos réus. Sentença mantida. Negativa de seguimento ao inconformismo, mantida a sentença em reexame necessário.¹³

No tocante ao direito à saúde, o julgado acima ressalta a solidariedade de todos os entes federativos e afasta a situação fática como fundamento para ausência de vagas destinadas à internação hospitalar.

Essa decisão ilustra o fundamento fático arguido pelos entes para a negativa de internação e um dos meios de coerção utilizados para a efetivação da tutela jurisdicional, o arbitramento de multa diária, que serão devidamente abordados nos próximos capítulos.

Diferente não é o entendimento da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em demanda que se pleiteia o fornecimento de medicamentos essenciais a uma vida digna:

APELAÇÃO CÍVEL. DECISÃO MONOCRÁTICA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE SUPLEMENTO ALIMENTAR OU OUTROS MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS À MANUTENÇÃO DA SAÚDE. SOLIDARIEDADE DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. O direito à saúde foi inserido entre os direitos e garantias fundamentais (art. 6º da CFRB/88) encontrando-se

¹³ BRASIL. V. TJRJ. Apelação 0024862-81.2010.8.19.0001 – Relator: Des. Maria Ines Gaspar - Julgamento: 31/01/2014. Decima Sétima Câmara Cível. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201400104244>. Acesso em: 11/03/2014.

protegido pela Constituição da República. As entidades federativas têm o dever comum de zelar pela saúde dos seus cidadãos. Responsabilidade solidária. Incidência da Súmula 65, do TJERJ. A condenação no fornecimento do suplemento alimentar ou quaisquer outros medicamentos, aparelhos, utensílios ou suplementos que se fizerem necessários ao tratamento da doença é ampla e visa proteger o direito à saúde e à vida, prestigiando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Não se trata de condenação genérica, mas de ação de obrigação de fazer consubstanciada no fornecimento por parte dos Réus dos insumos e utensílios pleiteados conforme solicitado, necessários ao tratamento de doença específica, uma obrigação de trato sucessivo. Fornecimento condicionado à apresentação de laudo médico. A Lei nº 8.080/90, que implantou o Sistema Único de Saúde. Honorários Advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa que devem ser mantidos porque atendem aos princípios da razoabilidade. Isenção de custas e Taxa Judiciária pelo Estado do Rio de Janeiro. Sentença mantida. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO.(APELACAO / REEXAME NECESSARIO 0049361-95.2011.8.19.0001- DES. TERESA CASTRO NEVES - Julgamento: 21/06/2013 - SEXTA CAMARA CIVEL- TJRJ).¹⁴

A decisão judicial reafirma a possibilidade de efetivação dos direitos prestacionais, notadamente os, intrinsecamente, ligados ao direito à vida e à dignidade humana, por meio da intervenção do Poder Judiciário, sem que isso configure afronta ao princípio da separação dos poderes.

Ressalte-se que todas as teses principiológicas que norteiam o tema, a favor ou contrárias à judicialização dos direitos sociais, serão abordadas em capítulo próprio.

1.5 Direito à alimentação

O direito à alimentação, enquanto direito social, não possui um passado histórico em Constituições anteriores. Somente com a Emenda Constitucional 64/2010, o direito à alimentação foi introduzido como direito social. Entretanto, em nível infraconstitucional, a Lei 11.346/2006, conhecida como LOSAN, regulamentada pelo Dec. 7.272/2010, já havia

¹⁴BRASIL. V. TJRJ. Apelação / Reexame Necessário 0049361-95.2011.8.19.0001. Relator: Des. Teresa Castro Neves - Julgamento: 21/06/2013 - Sexta Câmara Cível. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201222708298>. Acesso em: 11/03/2014.

criado o SISAN – Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, com o fito de assegurar o direito humano à alimentação adequada, inerente à dignidade da pessoa humana.

A LOSAN estabelece as definições, princípios, diretrizes, objetivos e composição do SISAN, por meio do qual o poder público, com a participação da sociedade civil organizada, deverá formular e implementar políticas, planos, programas e ações com vistas a assegurar esse direito.

Antes mesmo da previsão legislativa, no cenário internacional, o Brasil ratificou uma série de Tratados Internacionais que dispõem sobre o Direito à Alimentação, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992 e a Convenção sobre os Direitos da Criança, criada em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990. Além dessas hipóteses, na Carta dos Direitos de 1948, da qual o Brasil também é signatário, a alimentação foi acrescentada, em 1993, entre os direitos do cidadão.

Portanto, a inovação constitucional ressoa evidente que a novel situação do direito à alimentação vem reforçar o compromisso do Estado brasileiro na erradicação da pobreza, no âmbito interno e externo, efetivando a plena realização de uma série de tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Não obstante a recenticidade desse direito, no ordenamento jurídico brasileiro, como direito fundamental e, portanto, sindicável perante o Poder Judiciário, já é possível perceber na jurisprudência dos Tribunais a sua invocação como fundamento das decisões:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - MATÉRIA NAO DECIDIDA PELO MAGISTRADO A QUO - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE, EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, PELO TRIBUNAL AD QUEM - SUPRESSAO DE INSTÂNCIA - FORNECIMENTO DE MORADIA E ALIMENTAÇÃO A PARTE NECESSITADA, MENOR DE IDADE - OBRIGAÇÃO DO ESTADO, EM SENTIDO LATO - DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E ALIMENTAÇÃO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 227 DA

CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 206 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - MANUTENÇÃO DA LIMINAR CONCEDIDA PELO JUÍZO A QUO - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO - DECISÃO UNÂNIME.¹⁵

A decisão acima ilustra o reconhecimento dos direitos à moradia e à alimentação sustentados não só pela previsão expressa na Carta Magna, mas pelo pilar do princípio da dignidade humana, que merece abordagem específica e, por essa razão, será discutido em capítulo próprio.

Nesse mesmo cenário, é possível encontrar a mesma linha de raciocínio jurídico em decisão emanada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DOENÇA CRÔNICA. NECESSIDADE DE TRATAMENTO EM OUTRO MUNICÍPIO. TRANSPORTE E ALIMENTAÇÃO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. 1.O acesso ao transporte gratuito, a fim de que o paciente hipossuficiente se desloque para se submeter a tratamento de saúde de que necessita, constitui uma faceta do dever estatal de garantir o direito de saúde do cidadão, o qual não pode se restringir ao simples fornecimento de medicamentos. 2.Considerando-se que a autora, residente em Valença, desloca-se até o Município do Rio de Janeiro, não há dúvida da necessidade de auxílio para sua alimentação. 3. Razoável o fornecimento da alimentação, in natura, assim como estabelecido na sentença, bastando que se observe a sua adequação, como ressaltado pelo juízo singular. 4.Descabimento da pretensão recursal da autora de ressarcimento dos valores alegadamente gastos com sua alimentação, uma vez que os documentos carreados aos autos não são prova idônea de que foram por ela despendidos. RECURSOS A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, COM FULCRO NO ART. 557, CAPUT, CPC.¹⁶

Como fundamento, demonstra-se a íntima ligação entre o direito à alimentação e o direito à saúde, que, por sua vez, encontram, de igual forma, sustento principal no princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁵ BRASIL. V. TJ-SE. AI 2011210291. Relator: Des. Cláudio Dinart Déda Chagas. Data do julgamento: 28/05/2012. Disponível em: <http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21831001/agravo-de-instrumento-ai-2011210291-se-tjse>. Acesso em: 05/03/2013.

¹⁶ BRASIL. V. TJRJ. Apelação nº 0007658-92.2011.8.19.0064. Relator: Des. Fernando Cerqueira. Data do julgamento: 12/12/2013. Décima Quinta Câmara Cível. Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118206466/apelacao-apl-76589220118190064-rj-0007658-9220118190064>. Acesso em: 06/03/2014.

Percebe-se, pois, que, na invocação do direito à alimentação, não se está diante de um direito social singular e isolado no contexto dos direitos sociais pleiteáveis perante o Judiciário, mas sempre intrínseco à própria condição de uma existência humana digna.

1.6 Direito ao trabalho

A previsão constitucional desse direito não surgiu, com exclusividade, na Constituição brasileira de 1988. As Constituições brasileiras de 1946 e 1967 já relacionavam, em seus artigos 145, parágrafo único¹⁷, e 157, II¹⁸, respectivamente, a dignidade da pessoa humana ao direito do trabalho, ao prescreverem que a todos é garantido trabalho que possibilite a existência digna. Trata-se, pois, de uma primeira referência à dignidade da pessoa humana, vinculando-a ao trabalho. Porém, foi menção tímida, pontual, isolada, não se espalhando por todo o espírito normativo constitucional. Somente com a promulgação da Constituição de 1988, novo paradigma normativo surge quanto a esse aspecto, elegendo a dignidade da pessoa humana como fundamento da República brasileira e princípio basilar da ordem social e econômica.

Segundo José Afonso da Silva¹⁹, o direito ao trabalho encontra-se definido como direito social no artigo 6º da CRFB/88, mas nem esse artigo, nem o artigo 7º do mesmo diploma legal, determinam, expressamente, o direito ao trabalho. Esse emerge do conjunto de

¹⁷ “Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.” BRASIL. Constituição (1946). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 20/01/2014.

¹⁸ “Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;” BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 20/01/2014.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.p.98.

normas constitucionais sobre a matéria, conforme disposições dos artigos 1º, IV, 170 e 193 da CRFB/88.

Infere-se a importância desse direito nas previsões esparsas ao longo da Constituição: a busca do pleno emprego (artigo 170, VIII, da CRFB/88), como princípio da ordem econômica, que, por sua vez, funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, fundamentos da República (artigo 1º, IV da CRFB/88), bem como base da ordem social (artigo 193 da CRFB/88).

Não há dúvida que é um importante instrumento para garantir condições dignas de existência e, nesse diapasão, que, com o direito social ao trabalho, se entroncam o direito individual ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, que envolve o direito de acesso a uma profissão, à orientação e formação profissional, à livre escolha do trabalho, assim como à relação de emprego (art. 7º, I, da CRFB/88) e o seguro-desemprego, que visam, entre outros, à melhoria das condições sociais dos trabalhadores.

1.7 Direito à moradia

Surge como direito social com o advento da Emenda Constitucional 26/2000.

É um direito intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III da CRFB/88) e que, antes da previsão expressa como direito social, encontrava amparo no art. 23, IX da CRFB/88. Isso porque tal artigo confere a todos os entes federativos a competência administrativa para promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Atualmente, as demandas levadas ao Poder Judiciário giram entorno do reconhecimento do direito à concessão de aluguel social, por parte do Estado, com vistas à efetivação do direito à moradia.

Nesse sentido, para fins de ilustração, seguem alguns julgados do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ALUGUEL SOCIAL INSTITUÍDO POR DECRETO ESTADUAL. MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO. Cabe ao Estado ou ao Município a obrigação de pagamento do aluguel social, por tratar-se de hipótese de solidariedade passiva. Alegação acerca da limitação de recursos do Poder Público que não merece amparo. Os entes públicos devem prever em seus orçamentos verbas suficientes de modo a atender, de forma eficaz, os mandamentos constitucionais do direito à moradia e integridade física, não lhes sendo permitido beneficiar-se da própria omissão para afastar a responsabilidade. Alegação de interferência do Poder judiciário em mérito administrativo que não é acolhida pela jurisprudência. Não concessão do aluguel social na esfera administrativa que não tem o condão de gerar obrigação indenizatória. Reforma da sentença para limitar o pagamento do benefício ao período de 12 meses, podendo ser renovado por igual período, consoante a regra do artigo 1º, §1º, do Decreto Estadual nº. 43.091/2011. Sucumbência recíproca. PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSO.²⁰

No julgamento acima, a relatora afastou apenas a condenação do Estado por danos morais, uma vez que a negativa da concessão do benefício em sede administrativa, não gera, por si só, o dever de indenizar. Por outro lado, reafirmou a sindicabilidade do direito pelo Poder Judiciário ao refutar a tese do Estado de que a concessão do aluguel social, nos termos do vinculado pelo Decreto Estadual nº 43.091/2011, é mérito administrativo.

O assunto é recorrente no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e, diante do elevado grau de importância desse direito e do perigo de dano na demora da prestação, discute-se, inclusive a antecipação dos efeitos da tutela nas demandas atinentes ao reconhecimento do direito à concessão do aluguel social:

²⁰ BRASIL. V. TJRJ. Apelação n °1643954-33.2011.8.19.0004 / reexame necessario . Relator: Des. Leila Albuquerque. Data do julgamento: 31/01/2014. Décima Oitava Camara Cível .Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201422700415>. Acesso em: 11/03/2014.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALUGUEL SOCIAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. SÚMULA 59 DO TJERJ. Admissível a antecipação de tutela de mérito, mesmo conta a fazenda pública, desde que presente os seus pressupostos." (verbete de súmula 60 do TJ/RJ). Inquestionável consistir a moradia em direito social, a teor do artigo 6º da CRFB/88 e, portanto, direito fundamental, segundo majoritária doutrina e jurisprudência. Na forma do artigo 5º, § 1º da Carta Magna possui a moradia aplicabilidade imediata, estando vinculada, inclusive a outros direitos e princípios fundamentais, como dignidade da pessoa humana, intimidade e privacidade. A agravada está sem lugar para morar desde 2010, encontrando-se, atualmente, na rua, situação de perigo que é agravada por possuir deficiência auditiva, tendo sido emitidos ofícios pela Defensoria Pública Estadual, instituição que assiste a agravada na presente demanda, aos órgãos públicos de habitação requerendo moradia/pagamento de aluguel social, o que afasta a tese da inércia administrativa da recorrida. Descabida a análise exauriente da pretensão, sendo certo que, considerando o dever das entidades federativas em assegurar a moradia a todos e comprovada a interdição da casa da Agravada, ao menos até que haja exame mais aprofundado da lide, a Autora desponta com verossimilhança em seu pleito de antecipação de tutela, devendo as demais questões deduzidas, como a comprovação da renda familiar da Agravada, serem dirimidas após a devida instrução probatória, ocasião em que poderão ser apreciados de forma mais ampla todos os argumentos despendidos pelas partes. A possibilidade de risco de dano de irreparável ou de difícil reparação para a Autora é manifesta, sendo indubitável que o periculum in mora é muito maior para esta do que para o ente Agravante, porquanto envolve direito à moradia, essencial à dignidade de qualquer ser humano. Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento a reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas pela Constituição. (verbete sumular nº 241 do TJ/RJ). RECURSOS AO QUAIS SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO ART. 557, CAPUT DO CPC.²¹

Da decisão acima, além da certeza do direito à moradia, como direito fundamental, e da impossibilidade de invocação genérica, pelo Estado, do princípio da reserva do possível para se eximir do dever de prestação relativa aos direitos sociais, ratifica-se a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública. E, nesse sentido, a fim de fundamentar, o julgador alicerçou sua decisão nos enunciados das súmulas nº 60 e 241 do TJRJ, o que denota a uniformização do Tribunal quanto a esse assunto.²²

²¹ BRASIL. V. TJRJ. Agravo de instrumento nº 0056621-61.2013.8.19.0000. Des. Elisabete Filizzola – Data do julgamento: 31/01/2014. Segunda Camara Civel. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ajud/ConsultaProcesso.aspx?N=201300240389>. Acesso em: 11/03/2014.

²² Súmula n.º 60 "Admissível a antecipação de tutela de mérito, mesmo conta a fazenda pública, desde que presente os seus pressupostos." Súmula da Jurisprudência Predominante nº. 2001.146.00007. Julgamento em 04/11/2002. Relator: Desembargador Amaury Arruda de Souza. Votação unânime. Registro do Acórdão em

1.8 Direito ao lazer

O artigo 6º da CRFB/88 enuncia o lazer como direito social e o artigo 217, § 3º, do indigitado diploma, estabelece o dever do Poder Público em incentivar o lazer como forma de promoção social, mas em 1948, de acordo com a Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), o lazer já era alçado ao status de direito social.

Contudo, diferentemente de outros direitos sociais, como a saúde e a educação, no ordenamento jurídico brasileiro, não foram definidos princípios, diretrizes, objetivos, mecanismos e regras institucionais que orientem a concretização do direito ao lazer.

Não obstante, por meio de legislações infraconstitucionais, o Estado brasileiro tratou desse assunto, seja por meio da organização territorial das cidades (Lei 10.257/01 – Estatuto das Cidades), seja pela edição de leis de fomento e incentivo a políticas difusas como a Lei 8.313/91 (Lei de incentivo à cultura, mais conhecida como Lei Rouanet) e a Lei 11.438/06 (Lei de incentivo ao esporte).

Segundo José Afonso da Silva, lazer e recreação constituem prestações estatais que interferem com as condições de trabalho e com a qualidade de vida.²³ Por essa razão, está intimamente relacionado à própria existência digna do ser humano.

Nesse cenário, é possível encontrar julgamento do Supremo Tribunal Federal em que se ponderam os direitos constitucionais da livre iniciativa e ao lazer para enfrentar a constitucionalidade de Lei Estadual que assegura aos estudantes o direito à meia-entrada em casas de diversão, esporte, cultura e lazer:

26/11/2002. Súmula nº. 241 "Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas pela Constituição." BRASIL. V. TJRJ. Processo Administrativo nº 0014104 12.2011.8.19.0000 - Julgamento em 06/06/2011 - Relator: Desembargador José Geraldo Antonio. Votação unânime. Disponíveis em: http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150637&desc=ti&servidor=1&iIdioma=0. Acesso em: 26/05/2014.

²³ SILVA *apud* LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15.ed.rev.,atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 977.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.²⁴

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos²⁵, julgou improcedente a ação para afirmar que o direito à livre iniciativa não pode se sobrepor ao direito ao lazer, uma vez que a concessão da meia-entrada afigura-se pertinente como meios de complementar a formação dos estudantes e, por tal razão, deve prevalecer.

²⁴ BRASIL. V. STF. ADI 1950/SP. Relator: Min. Eros Grau. Data do julgamento: 03/11/2005. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28lazer%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pqxx3xo>. Acesso em: 11/08/2014.

²⁵ Foram vencidos os Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio que votaram pela procedência da ação e, conseqüente, inconstitucionalidade da lei em questão. Aduziram, em síntese, que a lei trata de normas de direito civil ao influenciar a relação contratual entre particulares e, portanto, apresenta vício de iniciativa, nos termos do art. 22, I, da CRFB/88. Acrescentam, ainda, que o Estado ao reconhecer o direito à meia-entrada, não está realizando seu papel constitucional, mas transferindo ao particular o ônus da prestação.

1.9 Direito à segurança

O direito à segurança, no texto constitucional de 1988, aparece previsto nos artigos 5º, caput, e 6º. Entretanto, possuem sentidos diferentes. No primeiro, está ligado à ideia de garantia individual, enquanto no segundo, ao conceito de segurança pública.

Assim, segundo Alexandre de Moraes²⁶, o direito social enaltecido pelo artigo 6º da CRFB/88, deve ser lido em consonância com o artigo 144 da Carta Magna. Este prevê que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Para José Afonso da Silva, o termo segurança possui uma conotação ampla, adotando uma feição de garantia, proteção, estabilidade de pessoas ou situação em diversas circunstâncias.²⁷ Afirma que segurança pública é manutenção da ordem pública interna e que na sua dinâmica, é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas.²⁸

O tema, contudo, também é analisado sob o enfoque do Direito Administrativo, e, nesse aspecto, dentro da classificação dos serviços públicos, Hely Lopes Meirelles²⁹ enquadra a segurança pública como um serviço próprio do Estado e que para sua execução a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados.

Não diferente dos outros direitos já estudados, o Supremo Tribunal Federal já posicionou pela possibilidade do Poder Judiciário obrigar o Estado a implementar políticas públicas necessárias à efetivação concreta desse direito:

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 626.

²⁷ SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.635.

²⁸ *Idem*. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 778.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.323.

O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.³⁰

O agravo regimental acima foi interposto da decisão, decorrente de ação civil pública, que negou seguimento a Recurso Extraordinário ao fundamento de que o acórdão recorrido divergiu da jurisprudência do STF. Alegou-se que a ADPF 45/DF, que será abordada em capítulo próprio, não pode ser usada como fundamento, pois a ação foi prejudicada pela perda de seu objeto. Contudo, por unanimidade de votos, foi negado provimento ao agravo regimental. A relatora reafirmou a evolução da jurisprudência no sentido de reconhecer a possibilidade da atuação do Poder Judiciário em tema de políticas públicas, sem que se ofenda o princípio da Separação dos Poderes, inclusive no tocante ao previsto nos artigos 6º e 144 da CRFB/88. Aduziu, ainda, que os fundamentos da ADPF 45 mantêm-se incólumes e lastreiam inúmeras decisões do STF relativos à efetividade dos direitos sociais.

1.10 Direito à previdência social

A previdência social é um conjunto de ações dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar o direito à saúde, à previdência social e à assistência social, ou seja, a seguridade social, que teve seu conceito ampliado com a Constituição de 1988.

Todos devem ter o direito aos benefícios que ela distribui e o dever de contribuir para manter a solidariedade entre gerações.

³⁰ BRASIL.V.STF. RE 559.646-AgR. Rel. Min. Ellen Gracie Data do julgamento:7/6/2011. Segunda Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1> acesso. Acesso em: 10/08/2014.

Esse foi o ideário que orientou as políticas sociais após a Segunda Guerra Mundial nos países mais desenvolvidos e transformou aquelas sociedades em Estados de Bem-Estar Social (*welfare state*), uma vez que as sociedades apoiaram a intervenção do Estado nessa seara.

No Brasil, a Previdência Social é administrada pelo Ministério da Previdência Social e as políticas referentes a essa área são executadas pela autarquia federal denominada Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Todos os trabalhadores formais recolhem, diretamente ou por meio de seus empregadores, Contribuições Previdenciárias para o Fundo de previdência. No caso dos servidores públicos brasileiros, existem sistemas previdenciários próprios. É o Artigo 201 da Constituição Federal brasileira que prevê o Regime Geral de Previdência Social.

Existem, ainda, embora originalmente seja uma competência do poder público, entes privados que oferecem planos de previdência complementar, também chamada de previdência privada.

O direito social à previdência já foi enfrentando pelo Supremo Tribunal Federal diante da omissão legislativa em relação à aposentadoria especial dos servidores públicos:

MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO. ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, APLICAÇÃO DAS NORMAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. SÚMULA VINCULANTE 33/STF. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência do STF, firmada a partir do julgamento dos Mandados de Injunção 721 e 758 (Min. Marco Aurélio, DJe de 30/11/2007 e DJe de 26/09/2008), a omissão legislativa na regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição deve ser suprida mediante a aplicação das normas do Regime Geral de Previdência Social, atualmente previstas na Lei 8.213/91 e no Decreto 3.048/99. 2. O entendimento reiterado sobre o tema foi recentemente consolidado na Súmula Vinculante 33: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral da Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica”. 3. Agravo regimental desprovido.³¹

Nesse segundo agravo regimental no mandado de injunção nº 3.650 do Distrito Federal, certo Município buscou a reforma da decisão monocrática que concedeu a ordem, para determinar que a autoridade administrativa competente procedesse à análise do pedido de aposentadoria especial do impetrante, servidor público, nos termos do disposto nos artigos 57/58 da Lei 8.213/91 e artigos 64/70 do Decreto 3.048/99, ou as normas vigentes no momento da prestação da atividade em condições especiais. Assim, por unanimidade, negou-se provimento ao agravo regimental, uma vez que, diante da omissão legislativa, o servidor tem direito à aposentadoria especial nos termos da lei destinada aos empregados sob o regime geral de previdência social.

1.11 Proteção à maternidade e à infância

O texto constitucional de 1988 consagrou a proteção à maternidade como direito social, mas já partindo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, tratado de 1948.

Esse direito aparece tanto como direito previdenciário, na forma do artigo 201, inciso II, da CRFB/88, como direito assistencial, na forma do artigo 203, I, da CRFB/88.

Envolve questões ligadas ao trabalho como o direito à licença-gestante, a prorrogação dessa licença para fins de amamentação, bem como a licença nos casos de adoção.

Quanto à proteção à infância, tem natureza assistencial, na forma do artigo 203, incisos I e II, da CRFB/88, com a previsão expressa de proteção à criança e ao adolescente, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal.

³¹ BRASIL. V.STF. MI 3650 AgR segundo / DF - Relator: Min. Teori Zavascki. Data do julgamento: 14/05/2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: [http:// redir.stf.jus.br/paginadorpub/](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/)

Em nível infraconstitucional, pode-se destacar a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 8.069/90, com vistas a atender o preceito constitucional acima citado.

O Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 706828/BA, traz à lume o direito social à maternidade ao assegurar às servidoras públicas a mesma extensão da licença-maternidade concedida às empregadas e regidas pelas normas do Regime Geral de Previdência Social:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA ESTADUAL. PRORROGAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. 1. A licença maternidade e sua prorrogação, quando sub judice a controvérsia, demanda a análise de norma infraconstitucional, o que inviabiliza a admissão do extraordinário. Precedentes: ARE 707.221-AgR/BA, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 4/9/2013 e ARE 740.880-AgR/BA, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 13/8/2013. 2. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. 3. O prequestionamento da questão constitucional é requisito indispensável à admissão do recurso extraordinário. 4. As Súmulas 282 e 356 do STF dispõem, respectivamente, verbis: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não podem ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. 5. In casu, o acórdão recorrido assentou: “Mandado de Segurança. Prorrogação da Licença Maternidade. Agravo Interno. Decisão que deferiu o pedido de medida liminar, Recurso prejudicado. Mérito. Lei Federal nº 11.770/2008. Licença-maternidade. Prorrogação por 60 (sessenta) dias. Ausência de previsão legal no âmbito estadual. Irrelevância. O direito à licença-maternidade é direito social auto aplicável, nos termos do art. 7º, inciso VIII, da Constituição Federal. Desnecessidade de regulamentação da Lei nº 11.770/2008. Previsão que se estende aos servidores públicos estaduais.”³²

No julgamento acima, foi reconhecido direito afeto ao direito social à maternidade, diante da omissão legislativa em relação ao regime próprio dos servidores públicos e, por

paginador.jsp?docTP = TP& doc ID =6046435. Acesso em: 14/09/2014.

³² BRASIL. V.STF. ARE 706828 AgR / BA. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 12/11/2013. Órgão julgador: Primeira Turma. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24684611/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-706828-ba-stf>. Acesso em: 14/09/2014.

unanimidade, a Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

1.12 Assistência aos desamparados

A assistência aos desamparados está previsto no artigo 203 da Constituição Federal e é prestado a quem necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social.

Entretanto, na forma do artigo 204 da CRFB/88, além de outras fontes, as ações governamentais nessa área são realizadas com recursos do orçamento da seguridade social.

Depende, portanto, dentro da concepção de Estado prestacionista, da implementação de ações afirmativas. Dentre algumas dessas ações podemos citar o programa Bolsa Família (Lei 10.836/2004), o programa Nacional de Acesso à Alimentação (Lei 10.689/2003), o Bolsa Escola (Lei 10.219/01) e a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

Nesse sentido, a Lei 8.742/1993 – Lei de Organização da Assistência Social (LOAS) - já foi objeto de discussão na esfera judicial:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de

Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituam programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.³³

O Plenário, por maioria, negou provimento ao recurso interposto pelo INSS em que se discutia o critério de cálculo utilizado com o intuito de aferir-se a renda mensal familiar per capita para fins de concessão de benefício assistencial a idoso e a pessoa com deficiência, previsto no artigo 203, V, da CRFB/88. Nesse julgado, o STF declarou a inconstitucional parcial do artigo 20 § 3º, da Lei 8.742/1993 para reconhecer que o juiz, diante do caso concreto, poderia fazer a análise da situação para fins de concessão do benefício.

³³ BRASIL.V.STF. RE 567985 / MT. Relator: Min. Marco Aurelio. Data do julgamento: 18/04/2013. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo702.htm>. Acesso em: 14/09/2014.

2. A INFLUÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo é uma teoria ou ideologia que representa a limitação do poder estatal autoritário em prevalência dos direitos fundamentais do cidadão, uma teoria normativa da política, segundo Canotilho³⁴.

O conceito de constitucionalismo denota um claro juízo de valor.

E nesse diapasão, o constitucionalismo, ao longo do tempo, passou por evoluções e marcos até a chegada, a partir do século XXI, dessa nova perspectiva denominada neoconstitucionalismo, constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo.

2.1. A construção do Estado Constitucional de Direito

Segundo Luís Roberto Barroso³⁵, ao longo da história, é possível identificar a passagem por três modelos institucionais diversos: o Estado pré-moderno, o Estado legislativo de direito e o Estado constitucional de direito. Em cada um deles o Direito, a ciência jurídica e a jurisprudência tiveram um papel específico.

Na Europa, com a Revolução Francesa, consolida-se a formação do Estado Constitucional de Direito com o modelo da separação dos Poderes e proteção dos direitos individuais. Sua característica central é a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. Nesse momento, a validade das leis não depende somente da sua forma de produção, mas também de sua efetiva compatibilidade com as normas constitucionais.

A Constituição passa a determinar deveres de atuação ao legislador e ao administrador, e não apenas lhes impondo limites.

³⁴ CANOTILHO *apud* LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15.ed.rev.,atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011 p.54.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.265.

Diante disso, a ciência do Direito, notadamente a jurisprudência, amplia sua competência no sentido de invalidar atos legislativos e administrativos, bem como interpretar criativamente as normas à luz da Constituição.

Em momento anterior, prevalecia uma configuração pré-moderna de Estado fundada em premissas teóricas e em fatores reais diversos. É anterior à ideia de legalidade. A formação do Direito era jurisprudencial e doutrinária, e não legislativa.

O Estado pré-moderno caracterizava-se pela multiplicidade de fontes normativas, provenientes de instituições como o Império, a Igreja, o Príncipe, os feudos, os municípios e as corporações. Não havia um sistema unitário e formal de fontes.

O direito era assegurado pela tradição romanística e seu fundamento de validade era a racionalidade ou a justiça de seu conteúdo.

Já na segunda metade do século XX, surge uma formatação de Estado pautada em Constituições normativas.

Esse momento assentou-se sobre o princípio da legalidade, demonstrando a natureza positivista. Assim, doutrina passa a ter caráter meramente descritivo das normas e a jurisprudência, uma função técnica, e não produtora do Direito.

2.2. Marcos das transformações: histórico, teórico e filosófico

A postura adotada pelo Poder Judiciário, em assuntos de alcance sociológico e político, tem origem nas transformações ocorridas no direito constitucional contemporâneo.

Essas transformações possuem marcos histórico, teórico e filosófico, nos quais estão contidas as ideias e as mudanças de paradigma que influenciaram a doutrina e a jurisprudência e que foram responsáveis por criar uma nova percepção do papel da Constituição na interpretação jurídica em geral.

2.2.1. Marco histórico

O marco histórico, na Europa continental, principalmente na Alemanha e na Itália, foi o constitucionalismo do pós-guerra.

A nova forma de organização política decorreu da aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia.

A principal referência foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã de 1949)³⁶, principalmente com a instalação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951, momento em que ascendeu a produção teórica e jurisprudencial.

A Constituição italiana de 1947 e a instalação da Corte Constitucional, em 1956, surgem como segunda referência.

Na Europa, ao longo da década de 70, Portugal e Espanha, avançam no processo de redemocratização e reconstitucionalização, agregando nesse novo cenário do direito constitucional.

O constitucionalismo europeu rompeu com a tradição de se reconhecer a Constituição como documento, precipuamente, político, subordinado ao Parlamento e à Administração. A Constituição passa a ser reconhecida como documento jurídico, com força normativa.

Luís Roberto Barroso³⁷ afirma que, no Brasil, foi a promulgação da Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela propôs, desde sua discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação, que propiciou esse novo contorno de documento jurídico.

³⁶ A Constituição Alemã de 1949 tem a designação originária de “Lei Fundamental” e foi concebida para uma fase de transição. Somente quando o país recuperasse a unidade que a constituição definitiva deveria ser ratificada. Desde de Outubro de 1990 a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha em razão da assinatura do Tratado de Unificação (adesão da República Democrática Alemã) à República Federal da Alemanha), que não gerou a promulgação de nova Constituição.

³⁷ BARROSO, op. cit., p.268.

Mesmo sendo objeto de diversas emendas, até os dias atuais, pode-se afirmar que ela foi capaz de promover, com sucesso, a transição do Estado brasileiro de um regime autoritário para um Estado democrático de direito, propiciando o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do Brasil.

2.2.2- Marco filosófico

O marco filosófico é o pós-positivismo, caracterizado pela confluência do jusnaturalismo e do positivismo.

A partir do século XVI, o jusnaturalismo moderno aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Impulsionou as revoluções liberais, pois é fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos e culminou nas criações das Constituições escritas e nas codificações. Entretanto, como era considerado metafísico e anti-científico, no final do século XIX, o positivismo jurídico ascende e, conseqüentemente, o direito natural fica à margem da história.

O positivismo jurídico equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Ao final da 2ª. Guerra Mundial, a ética e os valores começaram a retornar ao Direito, tendo a decadência do positivismo associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade.

Assim, na fase do pós-positivismo³⁸ o operador deve ir além da legalidade escrita, mas sem desprezar o direito objetivo, ou seja, o direito posto.

³⁸ É a superação dos modelos puros – jusnaturalismo e positivismo- por um conjunto abrangente de ideias que denominou-se pós- positivismo. Luís Roberto Barroso indica como autores pioneiros nesse debate John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky, Ernesto Garzón Valdés, Francisco J. Laporta, Paulo Bonavides, Ricardo Lobo Torres, Antonio Carlos Diniz, Antônio Carlos Cavalcanti Maia e Thomas da Rosa Bustamante. BARROSO, op. cit., p.269.

Nesse contexto de ideias, a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, com atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras.

Surge, então, a formação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana, sendo promovida uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

2.2.3. Marco teórico

Conforme ilustra Luís Roberto Barroso³⁹, o marco teórico decorre de três grandes modificações quanto à aplicação do direito constitucional: o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Como já demonstrado anteriormente, a força normativa da Constituição representa a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica.

Dessa forma, superou-se, o modelo de documento essencialmente político, o qual retratava um convite à atuação dos Poderes Públicos, sendo a concretização de suas propostas condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador e não sendo reconhecido ao Judiciário qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

A supremacia do Poder Legislativo vigorava, antes de 1945, na maior parte da Europa. Contudo, no final da década de 40, a onda constitucional trouxe outros modelos, dessa vez, o da supremacia da Constituição, inspirado na experiência americana, berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade. Essa fórmula imunizava os

³⁹ BARROSO, op. cit., p.284-289.

direitos fundamentais do alvítio do processo político majoritário, concedendo o dever de protegê-los ao Poder Judiciário, caracterizando, pois, a expansão da jurisdição constitucional.

A partir disso, vários países europeus, iniciados pela Alemanha e pela Itália, adotaram um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

Atualmente, na Europa, somente Reino Unido, Holanda e Luxemburgo mantêm a supremacia parlamentar.

O modelo de controle de constitucionalidade também foi adotado em países africanos, como Argélia, África do Sul e Moçambique.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, de forma incidental, desde a Constituição Republicana de 1891 e de forma abstrata, desde a Emenda Constitucional nº 16 de 1965. Contudo, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988, na qual se ampliaram os mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, bem como o rol de legitimados a propô-las, visto que, até então, era monopólio do Procurador Geral da República.

Já o fenômeno da nova interpretação constitucional decorre da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Contudo, detêm especificidades que levaram a doutrina e a jurisprudência a desenvolver um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional, de natureza instrumental, tais como o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

2.3 O Novo Direito Constitucional: o Neoconstitucionalismo

O resultado de reflexões ao longo da História é que propicia o surgimento do valor normativo supremo da Constituição.

Surge o fenômeno da materialização⁴⁰ da Constituição, no qual ela, além de ser marcada pela superioridade, a que se subordinam todos os poderes constituídos, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos, principalmente em um sistema de direitos fundamentais auto aplicáveis. A esse conjunto de fatores, sem afastar a ideia de que o poder deriva do povo e apenas se manifesta por seus representantes, denominou-se neoconstitucionalismo.

É certo que a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes.

Em relação ao Legislativo, limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais.

À Administração Pública, além dos anteriores, fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário.

Quanto ao Poder Judiciário, serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade, incidental e por ação direta, por ele desempenhado, bem como condiciona a interpretação de todas as normas do sistema.

⁴⁰ Segundo Ernst-Wolfgang Böckenförde, a Constituição já não se limita a fixar os limites do poder do Estado, por meio da liberdade civil, e a organizar a articulação e os limites da formação da vontade e do exercício do domínio, senão que se converte em positividade jurídica dos valores fundamentais da ordem da vida em comum. BÖCKENFÖRDE *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p.59.

Com o avanço do direito constitucional, verificou-se que a solução de conflitos jurídicos nem sempre corresponde ao traçado no texto normativo, sendo necessário que o juiz analise, topicamente, à luz do problema, a fim de se alcançar uma decisão constitucional.

Diante disso, o julgador tornou-se também um participante na criação do Direito ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis, complementando assim a função do legislador.

Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, ele terá que integrá-lo com a sua própria avaliação, através, principalmente, de princípios.

O juiz tem o dever de fundamentação, principalmente quando a decisão envolve atividade criativa de sua parte, pois não estariam legitimadas pela lógica da separação de Poderes.

Diante disso, o juiz deve se limitar a aplicação do que foi pensado pelo legislador, ou seja, por uma deliberação majoritária e considerar as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.

Ao lado do exercício amplo da jurisdição constitucional, trazida pelo neoconstitucionalismo, surgem os fenômenos da judicialização das relações sociais e o ativismo judicial.

Tal fato desperta a necessidade do equilíbrio entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário, posto que as circunstâncias brasileiras atuais reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, diante da crônica disfunção institucional de crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo.

Nessa nova realidade, não mais se atrela o constitucionalismo somente à ideia de limitação do poder político. Busca-se a eficácia da Constituição, afastando-se o caráter

meramente retórico do texto para torná-lo mais efetivo, especialmente na expectativa de concretização dos direitos fundamentais e garantia de condições dignas mínimas.

Com efeito, o neoconstitucionalismo trouxe grandes contribuições ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como a soberania do povo, a rigidez constitucional, a afirmação de um Estado de direito, a afirmação da democracia representativa, a afirmação da dignidade da pessoa humana, a ampliação do catálogo de direitos fundamentais e, como será visto adiante, a legitimação do ativismo judicial.

3. A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

Com o advento da Constituição de 1988, aumentou-se a demanda por justiça na sociedade brasileira, que se traduziu na ascensão institucional do Poder Judiciário.

Primeiramente, isso ocorreu em razão da conscientização das pessoas sobre seus direitos e pela redescoberta da cidadania, bem como pela criação de novos direitos introduzidos pela Carta Magna.

Dessa forma, o Judiciário, diante da recuperação das liberdades democráticas e das garantias aos seus membros, passou a desempenhar um papel político, dividindo o cenário com o Legislativo e o Executivo.

Nesse contexto, os métodos de atuação dos órgãos judiciais não deixam de ser jurídicos, mas, inegavelmente, também passam a ser políticos, o que é ressaltado por Luís Roberto Barroso,⁴¹ sob o prisma do risco da politização da justiça, que será abordado no capítulo próprio sobre o apoio e as objeções a esse modelo de intervenção judicial.

O Poder Judiciário não detém nem os poderes orçamentários do Legislativo, nem os poderes coercitivos próprios do Poder Executivo, mas o seu poder político reside no fato de ser, atualmente, o depositário da fé pública.

Em razão disso, surge a judicialização das questões políticas e sociais, que passaram a ter como última instância decisória o Poder Judiciário. Ele decide quais regras são legítimas e estão em concordância com o ordenamento jurídico, assim como quais ações ou omissões estão em desalinho. Como consequência disso, o Judiciário acaba por influenciar o curso das políticas públicas que são implementadas e julgam a legalidade delas.

Entretanto, o fenômeno não é peculiaridade do Brasil.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/ editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20/04/2014.

Ao longo dos anos, outras Supremas Cortes⁴² destacaram-se em decisões sobre questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou alcance moral em temas controvertidos na sociedade, representando um avanço da justiça constitucional sobre o cenário da política majoritária, que é reflexo do voto popular.

No Brasil, cada vez mais aumentam a quantidade e a diversidade de circunstâncias que chegam ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, associadas à realidade política e às competências dos Poderes.⁴³

A judicialização da vida significa que questões que deveriam ser decididas pelas instâncias políticas tradicionais, quais sejam o Legislativo e o Executivo, na verdade, estão a cargo dos órgãos do Poder Judiciário.

Tal fenômeno tem múltiplas causas, sendo algumas expressas por uma tendência mundial e, outras, relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Uma delas foi a redemocratização trazida pela promulgação da Constituição Federal de 1988, que, via de consequência, reacendeu a cidadania, esclarecendo a sociedade de quais seus direitos e de como exigí-los.

⁴² Podem ser citados, como exemplos, a decisão da Suprema Corte do Canadá, instada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense; nos Estados Unidos, a decisão da Suprema Corte, sobre a eleição presidencial de 2000, no julgamento de *Bush v. Gore*; a Suprema Corte de Israel que decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino; a Corte Constitucional da Turquia que tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico; as Altas Cortes da Hungria e da Argentina que decidem a validade de planos econômicos de largo alcance; a Corte Constitucional da Coreia que restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.

⁴³ Podem ser citados como exemplos de decisões, no bojo de controle abstrato de constitucionalidade, a ADI 3.150 que analisou o artigo 5º da Lei de Biossegurança, permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias; a ADC 12 que analisou a constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário; a ADPF 130 que analisou ao pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988. Em controle difuso, podem ser citadas as decisões sobre quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa/Serra do Sol e uso de algemas. Há, ainda, julgamentos envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais sobre políticas governamentais, como a Reforma da Previdência sobre a contribuição de inativos, a Reforma do Judiciário com a criação do Conselho Nacional de Justiça; Julgamento de questões que refletem a relação entre os Poderes com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito, como quebras de sigilos e decretação de prisão, e o papel do Ministério Público na investigação criminal; Análise de Direitos fundamentais, como o caso *Elwanger* que deliberou sobre os limites à liberdade de expressão no caso de racismo, bem como a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Marcante, ainda, foi a importante virada da jurisprudência quanto

Outra causa, uma tendência mundial iniciada em Portugal (Constituição de 1976) e na Espanha (Constituição de 1978), foi a inserção, na Constituição de 1988, de matérias que antes eram de competência do processo político majoritário e para a legislação ordinária, chamada de constitucionalização abrangente. Nesse diapasão, Oscar Vilhena Vieira⁴⁴ qualifica a Carta brasileira como analítica, ambiciosa e desconfiada do legislador.

Nos moldes da Carta política brasileira, na medida em que um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público é disciplinado em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial, levando ao Judiciário, inclusive, o debate sobre ações concretas ou políticas públicas.

Além disso, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade também é uma das fontes de judicialização,⁴⁵ pois dentre os modelos adotados, o americano – controle incidental- e o europeu- controle por ação direta, qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, tal fenômeno não decorre de uma opção ideológica dos órgãos judiciais, mas sim do cumprimento de suas funções constitucionalmente delimitadas.

Segundo Luis Roberto Barroso,⁴⁶ nessa conjuntura, há o surgimento de dois fenômenos distintos: a judicialização e o ativismo judicial, que possuem gêneses diferentes.

Conforme já mencionado, o primeiro decorre do modelo constitucional adotado pelo Brasil e não da decisão de exercer a vontade política. Nesse caso, o Judiciário decide porque a ele lhe compete.

ao mandado de injunção, no *case* no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves do setor privado às hipóteses de greve no serviço público.

⁴⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 25/04/2014.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 146.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20/04/2014.

Já o ativismo judicial, que tem origem na jurisprudência norte-americana ⁴⁷, é uma atitude, é um modo proativo e específico de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Isso se dá diante de situações de omissão do Poder Legislativo e Executivo, que culminam na não efetivação de demandas sociais.

Logo, pressupõe uma postura ativista, com fito de concretizar valores e fins constitucionais, mas interferindo na atuação dos outros dois Poderes.

Essa postura se manifesta por meio da aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, na declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição e na imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, principalmente em matéria de políticas públicas, como a saúde e a educação públicas.

Até o advento da Constituição de 1988, a linha de atuação do Judiciário brasileiro pautava-se na autocontenção judicial, o oposto do ativismo, ou seja, os juízes e tribunais evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário, utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

Pode-se afirmar que o binômio ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público como o brasileiro. Mas a persistente crise de representatividade,

⁴⁷ Casos emblemáticos que marcaram a atuação proativa da Suprema Corte Norte-Americana: *Dred Scott v. Sanford*, 1857 (segregação racial); *Era Lochner*, 1905-1937 (invalidação das leis sociais em geral); *West Coast v. Parrish*, 1937 (confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal); *Brown v. Board of Education*, 1954 (jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros); *Miranda v. Arizona*, 1966 (jurisprudência progressista envolvendo acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966)); *Richardson v. Frontiero*, 1973 (jurisprudência progressista envolvendo mulheres); *Griswold v. Connecticut*, 1965 (jurisprudência

legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo, que tem se instalado nos últimos anos, tem alimentado a expansão do Judiciário, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica brasileira, com caráter normativo geral.

Como já explicitado no capítulo que enumera os direitos sociais, inúmeras são as demandas exigindo prestações do Estado, como fornecimento de medicamentos essenciais, realização de exames complementares importantes e de alto custo, internações e intervenções cirúrgicas indispensáveis à manutenção da vida, vagas em Instituição Oficial de Ensino, recebimento de aluguel social, etc.

Nas Justiças Estadual e Federal, em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município a custear tais pleitos.

Existe farta jurisprudência, por exemplo, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, no qual, principalmente, a Defensoria Pública presta assistência aos desamparados na busca desses direitos.

Entretanto, foi com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, pelo Supremo Tribunal Federal, que embora prejudicada pela perda do objeto, se firmou o entendimento sobre a legitimidade dos órgãos jurisdicionais, perante à Constituição Brasileira, para impor tais obrigações aos demais Poderes:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE

progressista quanto ao direito de privacidade; *Roe v. Wade*, 1973 (jurisprudência progressista em relação à interrupção da gestação).

PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).⁴⁸

Essa atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal demonstra a dimensão política da jurisdição constitucional, que não pode se eximir do encargo de tornar efetivo os direitos sociais, sob pena do Poder Público comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional, por violação positiva ou negativa da Constituição.

Afinal, conforme já firmado na Corte Suprema brasileira, o caráter programático de tal norma não pode se converter em promessa constitucional. Se assim fosse, o Poder Público estaria fraudando as expectativas depositadas nele pela coletividade, simbolizando gesto de infidelidade governamental.

Entretanto, a reserva do possível foi observada na análise da ADPF 45/2004, já que tal direito 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 da norma constitucional.

Contudo, não é lícito ao Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo que revele o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar aos cidadãos as condições materiais mínimas de existência.

Assim, na jurisprudência brasileira está firmado que a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo, comprovado objetivamente, não pode ser

⁴⁸ BRASIL. V. STF. ADPF 45 MC/DF.. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 29/04/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições). Acesso em: 05/05/2014.

invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade, que, indubitavelmente, os direitos sociais estão inseridos.

Pelo fio do exposto, pode-se afirmar que, pela jurisdição brasileira, é legítimo o controle e a intervenção do Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando restar configurada a abusividade governamental. O tema que foi objeto de divergência por muito tempo, foi suplantado, principalmente, com o julgamento da ADPF 45. Contudo, questão que muito se discute, ainda, é sobre os mecanismos disponíveis para que a tutela jurisdicional desses interesses seja efetivada, o que será abordado em capítulo próprio.

Atualmente, o reconhecimento do ativismo judicial como mecanismo legítimo e possível de concretização dos direitos fundamentais é matéria superada na jurisprudência pátria, que acolhe a tese da possibilidade, sem que isso signifique afronta ao princípio da Separação dos Poderes.

4. BASE PRINCIPIOLÓGICA E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Em razão do fenômeno do neoconstitucionalismo, símbolo do pós-positivismo, surge o reconhecimento da normatividade aos princípios e a distinção qualitativa em relação às regras. Estas são comandos descritivos de condutas específicas e, aqueles, determinantes de valores ou indicadores de fins públicos a serem realizados por diferentes meios.

No dicionário da língua portuguesa, a palavra “princípio” significa o início, a causa primária. Assim, seja lá qual for a área do saber, a sua conceituação designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia central, de onde as demais se reconduzem e se subordinam.

No Direito, podem-se apontar os princípios como orientadores de todo o sistema normativo, sejam eles positivados ou não, ou seja, escritos ou que, embora não estejam expressos, são de obediência compulsória.

Sejam eles expressos ou implícitos, são contemporaneamente entendidos como normas de alto nível de generalidade e informadoras de todo o ordenamento jurídico e, por isso, capazes de verificar a validade de normas que lhe devem obediência.

Os princípios estão mais próximos da ideia de valor e de direito, formando uma exigência da moralidade, da justiça e da equidade, enquanto as regras têm um conteúdo diversificado, mas não necessariamente moral. Aqueles têm função explicadora e justificadora em relação às regras, conferindo unidade e ordenação à ordem jurídica.

Segundo os ensinamentos de Guilherme Peña de Moraes⁴⁹, as normas constitucionais dividem-se em regras e princípios, em relação à estrutura, de acordo com cinco critérios: conteúdo, origem, efeitos, forma de aplicação e função no ordenamento jurídico.

⁴⁹ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.93-95.

Quanto ao conteúdo, os princípios representam a previsão de um valor fundamental enquanto as regras descrevem uma situação fática e prescrevem a conduta a ser seguida entre os sujeitos. Por essa razão, diz-se que os princípios são dotados de maior grau de generalidade e abstração e as regras possuem graus de concretização.

Com relação à origem, o próprio conteúdo dos princípios confere sua validade. Já a validade das regras decorre de outras regras. E, nesse sentido, os conflitos entre princípios são solucionados pelo critério da ponderação, considerando-se o seu peso e objetivando a harmonização entre os princípios conflitantes, enquanto as regras utilizam os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade.

Relativamente aos efeitos, pode-se afirmar que os princípios apresentam eficácia relativamente indeterminada, o que significa que seus efeitos podem ser indeterminados a partir do seu núcleo essencial ou, se delimitados, apresentam inúmeros meios para ser alcançado. Em sentido oposto, as regras têm sua eficácia limitada pelo seu próprio enunciado.

No que concerne à forma de aplicação, às regras aplica-se o critério de subsunção, ou seja, de conformidade do fato com o descrito na norma, o que não ocorre com os princípios. Portanto, em relação a estes a aplicação depende da mediação concretizadora para fatos determináveis, enquanto àqueles a aplicação é coercitiva a situações determinadas.

No que diz respeito à função no ordenamento jurídico, os princípios destinam-se à produção, à interpretação e à aplicação, enquanto às regras possuem única função.

Muitas foram as fases relativas à evolução da juridicidade dos princípios, mas atualmente, na fase pós-positivista, pode-se conclamar que as Constituições acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, exercendo a primazia sobre todo o ordenamento jurídico.

Em relação aos questionamentos sobre a efetivação dos direitos prestacionais, na solução das lides, emergem alguns princípios como modo de resolução do conflito

(ponderação de interesses) entre o dever do Estado em prestar e o direito subjetivo do indivíduo em ter a prestação ao seu alcance.

Abaixo, seguem enumerados os principais princípios aclamados no tocante às questões que envolvem os direitos sociais prestacionais, tanto no sentido de justificar a não prestação e até de eximir o Estado de seu dever, quanto de assegurar o direito em toda sua plenitude.

4.1 Separação dos Poderes

Não há dispositivo constitucional que, efetivamente, obrigue o Poder Público a suprir sua omissão constitucional. Em nome do princípio da separação dos poderes, nem mesmo a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, procedimentos processuais utilizados com essa finalidade, obrigam o legislador a criar norma regulamentadora de um direito constitucional.

Com o fito de evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, a Constituição Federal previu os três Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, e repartiu as funções estatais, prevendo prerrogativas e imunidades para o exercício desse poder e criou mecanismos de controles recíprocos. Vale ressaltar que, tudo isso com vistas à garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito.

Segundo o texto político supremo, as funções legislação, administração e jurisdição são atribuídas a três órgãos autônomos que as exercem com exclusividade, mas com um mecanismo denominado de “freios e contrapesos”, na qual há um controle recíproco, buscando o equilíbrio, fiscalizando-se, mas, sobretudo, respeitando-se os direitos fundamentais. Afinal, o objetivo inicial da clássica separação dessas funções é a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente.

Nesse diapasão, cabe citar ensinamentos de Luís Roberto Barroso:

“O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação dos poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto.”⁵⁰

Assim sendo, como já foi visto, os direitos sociais demandam prestações positivas do Estado, ou seja, refletem a função conferida aos entes públicos para que ao administrarem direcionem os investimentos para isso ou aquilo. É com essa lógica que o Poder Público invoca esse princípio para questionar a impossibilidade do Poder Judiciário se imiscuir na decisão administrativa de como aplicar seus recursos.

Por outro lado, a jurisprudência brasileira já se consolidou no sentido de que a efetividade dos direitos sociais fica a cargo dos magistrados, a partir do caso concreto, pois a inércia do administrador não pode prevalecer sobre o direito fundamental constitucionalmente assegurado.

4.2 Reserva do possível fática e jurídica

O principal embate que envolve os direitos prestacionais diz respeito a sua eficácia e efetividade, principalmente no que se refere à implementação de políticas sociais, bem como a sua imposição ao Poder Público, diante de obstáculos de ordem econômica e política.

Os direitos sociais são frutos de um poder constituinte originário essencialmente bipartido, cujo produto final é uma Constituição compromissória, que homenageia, ao mesmo

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.196.

tempo, o liberalismo burguês e a social democracia e que tem como símbolo o rol de normas programáticas contidas em seu corpo normativo.

A partir dessa posição compromissória da Carta Magna contemporânea, a efetividade desses direitos fica submetida a alguns obstáculos, que são fundamentados com base no Princípio da Reserva do Possível ou Princípio da Reserva de Consistência.⁵¹

Para Ingo Sarlet, pode-se desdobrar a ideia da teoria da Reserva do Possível em dois elementos: o fático e o jurídico.⁵²

A reserva do possível fática representa a falta de recursos financeiros do Estado e a sua autonomia orçamentária. Assim, a juridicidade dos direitos sociais é remetida à esfera programática, cuja concretização fica nas mãos do Poder Público, responsável pela formulação de políticas públicas em função da disponibilidade financeira em seus cofres, pois exigem uma intervenção superveniente para a plena fruição do direito.

Já a reserva do possível jurídica está atrelada à existência de autorização orçamentária, portanto legislativa, para o Estado despender os respectivos recursos. Serve de argumento para a afirmação de que os magistrados, mediante suas atividades jurisdicionais normais, em ter o poder de fixar políticas públicas, agindo como legislador positivo, pois não tem autorização constitucional para participar do processo legislativo atinente ao orçamento público, bem como para exercer atividades típicas do Executivo. Assim, compreende-se que essa matéria jamais poderia ser sindicável pelo Poder Judiciário, pois estes não podem determinar prestações que estão inseridas no poder discricionário do Poder Executivo em dar destinação das verbas públicas segundo seus critérios de conveniência e de oportunidade.

⁵¹ Esse princípio é uma construção jurídica germânica originária de uma ação judicial que objetivava permitir a determinados estudantes cursar o ensino superior público embasada na garantia da livre escolha do trabalho, ofício ou profissão. Nesse caso, ficou decidido pela Suprema Corte Alemã que, somente se pode exigir do Estado a prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de razoabilidade.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.p. 286.

Nesse diapasão, a Reserva do Possível passou a ser utilizada como justificativa para ausência Estatal, um verdadeiro argumento do Estado para não cumprir com o papel que a própria Constituição lhe conferiu, qual seja, o de provedor das necessidades da sociedade.

4.3 Princípio da vedação ao retrocesso social

Os direitos sociais são direitos fundamentais do homem, considerando-se direitos positivos, pois reclamam prestações positivas do Estado. São, ainda, direitos relacionados à igualdade, que garantem aos indivíduos condições materiais necessárias a sua sobrevivência digna. Dirigem-se à finalidade de disponibilizar meios materiais e condições fáticas que possibilitem a efetiva fruição das liberdades fundamentais. Em função disso, são indispensáveis para impor limites e obrigações ao Poder Público, protegendo o indivíduo contra a ingerência do Estado. Além disso, integram o núcleo normativo do Estado Democrático de Direito, que é comprometido com a justiça social.

Destarte, a fim de evitar que o legislador desconstitua o grau de concretização que ele próprio concedeu às normas constitucionais, principalmente, as que dependem, em maior ou menor escala, de normas infraconstitucionais para alcançarem a sua eficácia e efetividade plenas, invoca-se o princípio da proibição do retrocesso social ou efeito clique ou *entrenchment* (entrincheiramento).⁵³

Nesse caso, uma vez regulamentado um dispositivo constitucional, de índole social, não pode haver retrocesso da matéria, revogando, ou até mesmo prejudicando, um direito já reconhecido ou concretizado anteriormente. Esse princípio não foi acolhido expressamente

⁵³ O efeito *cliquet* designa um movimento em que só é permitida a subida no percurso. Trata-se da ideia de vedação de retrocesso em relação aos direitos já conquistados.

pelo texto constitucional vigente, mas é amplamente defendido na doutrina⁵⁴, e serve de embasamento para que o retrocesso a um direito fundamental social seja impugnado perante o Judiciário, invocando-se a sua inconstitucionalidade.

Abaixo, segue um exemplo, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, da aplicação do referido princípio ao caso concreto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – DEFENSORIA PÚBLICA – IMPLANTAÇÃO – OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS – SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL – O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO “DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS – INTERVENÇÃO JURISDICCIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) – LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CONTROLE JURISDICCIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES – A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – “THEMA DECIDENDUM” QUE SE RESTRINGE AO PLEITO DEDUZIDO NA INICIAL, CUJO OBJETO CONSISTE, UNICAMENTE, na “criação, implantação e estruturação da Defensoria Pública da Comarca de Apucarana” – RECURSO DE AGRAVO PROVIDO, EM PARTE. - Assiste a toda e qualquer pessoa – especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam – uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública. - O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional

⁵⁴ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro:Forense, 2012. p.302; GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos Fundamentais Sociais – Releitura de uma Constituição Dirigente*. Curitiba: Juruá, 2006. p.199.

inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs. - É que de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um “facere” (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstando-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse “non facere” ou “non praestare” resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. Precedentes (ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Doutrina. - É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica 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 (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. Precedentes. Doutrina. - A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa Instituição da República: a transgressão da ordem constitucional – porque consumada mediante inércia (violação negativa) derivada da inexecução de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134) – autoriza o controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado e permite aos juízes e Tribunais que determinem a implementação, pelo Estado, de políticas públicas previstas na própria Constituição da República, sem que isso configure ofensa ao postulado da divisão funcional do Poder. Precedentes: RTJ 162/877-879 – RTJ 164/158-161 – RTJ 174/687 – RTJ 183/818-819 – RTJ 185/794-796, v.g.. Doutrina.⁵⁵

Nessa decisão, mais uma vez o Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de exigibilidade de direitos fundamentais perante o Judiciário e invoca a impossibilidade de que um direito já concedido constitucionalmente não seja prestado, como se deixasse de existir.

⁵⁵ BRASIL. V. STF. AI 598212 ED / PR. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 25/03/2014 Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AI598212CM.pdf>. Acesso em 25/03/2014.

4.4 Princípio da máxima efetividade

Com o advento da doutrina brasileira da efetividade, as normas constitucionais feitas sob a forma de princípios têm plena eficácia no direito contemporâneo, autorizando-se o pleito judicial. Essa efetividade vem da força normativa da Constituição, que é voltada para valores, especialmente a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da Carta da República Federativa do Brasil.

Pelo princípio da força normativa, no caso concreto, dentre todas as interpretações possíveis do texto constitucional, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia e aplicabilidade.

A dignidade, por exemplo, é um valor espiritual e moral inerente à pessoa e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas e, por isso, constitui-se em um mínimo invulnerável que todo instituto jurídico deve garantir, admitindo-se limitações a direitos fundamentais somente de forma excepcional.

Desponta, portanto, nesse momento a legitimidade do Poder Judiciário em vencer a omissão legislativa em nome do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. A aplicação mecânica da lei não se coaduna com a doutrina brasileira da efetividade, que está voltada principalmente aos direitos sociais positivos, visto que se preocupa com a proteção dos direitos jusfundamentais dos indivíduos. Ela supera a insuficiência do pensamento positivista de subsunção do fato à norma, transformando em tarefa do exegeta fazer valer a letra da Constituição, independente da atuação do legislador ou do administrador.

A doutrina da efetividade preceitua que todo e qualquer direito constitucional tem aplicabilidade direta e imediata, sem necessidade de interposição legislativa superveniente, pois, se está na Constituição é para ser cumprido. À norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda.

Conforme entendimento de Sylvio Motta “a Constituição não aconselha, determina, impõe, comanda. É missão do operador do Direito, ao aplicar suas normas, fazê-lo com a interpretação que mais eficácia lhe confira”⁵⁶.

4.5 Mínimo existencial

Quando se afirma que a tese da reserva do possível é superada, isso significa que deve se limitar à garantia do conteúdo mínimo da norma constitucional, ou seja, ao seu núcleo essencial, que se relaciona com a proteção do conteúdo jurídico mínimo do direito fundamental, sem o qual o próprio direito deixaria de existir.

Assim, surge a ideia de que deve ser observado o princípio da máxima efetividade em sentido literal, no qual o intérprete da Constituição tem a obrigação de extrair o máximo da letra da norma constitucional, mas também o princípio da mínima efetividade em sentido material, que, por sua vez, cria um conteúdo jurídico mínimo da norma constitucional pelo poder judiciário. Este último ganha contorno a partir do parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição de 1988, pois garante aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Segundo vem demonstrando as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, a liberdade de conformação do Poder Público encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitada, florescendo o princípio do mínimo existencial.

Segue um dos julgados que bem exemplifica a afirmação acima:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO

⁵⁶ MOTTA, Sylvio e BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.p.86.

SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.⁵⁷

Quanto ao conceito de mínimo existencial, há três teorias jurídicas modernas: a restritiva, a intermediária e a ampliativa.⁵⁸

Para a posição restritiva, adotada por Ricardo Lobo Torres e José Carlos Vieira de Andrade, se as tarefas não estão suficientemente determinadas pela Constituição não podem vincular imediatamente os poderes públicos para além do mínimo existencial, como também não podem ser determinadas pelo Poder Judiciário.

José Joaquim Gomes Canotilho e Ingo Wolfgang Sarlet, ao defenderem a posição intermediária, sustentam que o objeto da prestação estatal pode estar fora do limite do mínimo existencial, mas que não são suscetíveis de imposição judicial.

Por fim, a posição ampliativa, sustentada por Guilherme Peña de Moraes⁵⁹, defende que além das prestações materiais do Estado não encontrarem limites no mínimo existencial, podem sim ser pleiteadas perante o Poder Judiciário, por meio de ação condenatória em obrigação de fazer.

⁵⁷BRASIL. V. STF. AgReg no RE 642536/AP. Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 05/02/2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28minimo+existencial%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/koloqda>. Acesso em: 11/08/2014.

⁵⁸ MORAES, Guilherme Peña. Controle Judicial das Omissões da Administração Pública sob a perspectiva do Neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro e PUGLIESI, Marcio. *20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 336-337.

4.6 Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do constitucionalismo democrático, conforme se observa da previsão do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. É, portanto, um valor fundamental, um princípio jurídico de status constitucional e ótimo norteador para o enfrentamento de colisões entre direitos fundamentais.

Entretanto, não se pode invocá-lo de maneira genérica. Para sua aplicação sob a ótica jurídica, faz-se necessário dotá-lo de um conteúdo mínimo, no mesmo sentido do que já foi analisado na seção anterior quanto à ideia de mínimo existencial.

Roberto Luís Barroso cita como três elementos integrantes do conteúdo mínimo da dignidade o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia individual e o valor comunitário. Esclarece, ainda, que tudo isso deve estar completamente dissociado de doutrinas abrangentes, principalmente de natureza religiosa e ideológica, mas regido pela laicidade e pela universalidade.⁶⁰

O valor intrínseco, no plano filosófico, é ligado à natureza do ser, a sua posição especial de pessoa que a distingue dos outros seres e das coisas. No plano jurídico, encontra origem em direitos fundamentais, como o direito à vida, à igualdade e à integridade física, moral ou psíquica.

A autonomia, no plano filosófico, é a capacidade de valorações morais e escolhas existenciais sem interferências externas, é a capacidade de autodeterminação. No plano jurídico, encontra arcabouço na autonomia privada, na autonomia pública e no mínimo existencial.

A autonomia privada é bem exemplificada na questão das liberdades de consciência, de expressão, de associação e de trabalho.

⁵⁹ Ibid., p.337.

⁶⁰ BARROSO, op. cit., p.274.

A autonomia pública encontra amparo nos direitos políticos, ou seja, no direito de participação na condução da coisa pública, por meios dos instrumentos de democracia previstos constitucionalmente (voto, iniciativa popular, plebiscito, referendo).

Já o mínimo existencial, nesse sentido, está ligado a condições preexistentes para o exercício da autonomia privada e da pública.

O valor comunitário significa a limitação do direito em razão de restrições impostas por valores sociais ou por interesses estatais. É o valor social da dignidade humana. Tem por principais objetivos promover a proteção dos direitos de terceiros, do indivíduo contra si próprio e dos valores sociais.⁶¹

Quando se buscam julgados sobre a efetivação dos direitos sociais por meio da tutela jurisdicional, são encontrados inúmeros que recorrem a este princípio como fundamento de sua decisão. Abaixo, a fim de ilustrar, segue uma decisão do Supremo Tribunal Federal:

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT

⁶¹ Proteção contra terceiros: criminalização do homicídio, da lesão corporal, do furto; Proteção do indivíduo contra si mesmo: obrigatoriedade do uso do cinto de segurança, da vacinação, da matrícula dos filhos menores em escola, enfrentamento de questões como a eutanásia; Proteção de valores sociais: proibição de incesto, da pedofilia, criminalização da prostituição e o debate sobre a descriminalização do uso de drogas.

CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.⁶²

No julgado acima, a solução da *quaestio iuris* apresentada invoca, dentre outros princípios já analisados neste capítulo, a dignidade da pessoa humana pra fundamentar a decisão que obriga o ente municipal a assegurar o direito social à educação para as crianças até 5 (cinco) anos idade. Enfrentou-se que a cláusula da reserva do possível encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

4.7 Razoabilidade e proporcionalidade

A razoabilidade e a proporcionalidade possuem origens diversas, mas, como bem ilustrado por Barroso⁶³, acolhem os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, segundo o autor, são inter-relacionados, não havendo qualquer aproveitamento na distinção das palavras.⁶⁴

A razoabilidade tem origem no direito norte-americano como desdobramento do devido processo legal, funcionando como critério de aferição da constitucionalidade das leis.

⁶² BRASIL. V. STF. Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n° 639337. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 23/08/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28moradia+dignidade+pessoa+humana%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pyp3oxo> . Acesso em 13/12/2014.

⁶³ BARROSO, op. cit., p.280.

⁶⁴ Não há unanimidade. Autores como Humberto Ávila (*Teoria dos Princípios*,2003), Willis Santiago Guerra Filho (*Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*, 1997) e Luís Virgílio Afonso da Silva (*O proporcional e o razoável*, 2002) defendem que os termos não são sinônimos. Em síntese, para eles, razoabilidade, ao contrário da proporcionalidade, não se refere a uma relação de causalidade entre um meio e um fim.

Já a proporcionalidade, originada do sistema jurídico alemão, funcionava como mecanismo de controle dos atos do Executivo.

Assim, pode-se afirmar que o princípio da razoabilidade funciona como mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa, pois para a criação do direito deve se considerar os motivos, os fins e os meios, sendo a razoabilidade a adequação de sentido entre esses elementos.

A doutrina alemã dividiu a proporcionalidade em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, mas como o mesmo sentido de causalidade entre um meio e um fim.

Em termos práticos, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar os atos legislativos ou administrativos quando não há adequação entre o instrumento empregado e o fim perseguido, quando há outro meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menos ônus (necessidade) ou quando o que se perde com a medida tem maior relevo do que o que ganha (proporcionalidade em sentido estrito).

O Supremo Tribunal Federal trabalha com a mesma ideia de que razoabilidade e proporcionalidade são palavras sinônimas, conforme se percebe abaixo do texto extraído do Informativo nº 764:

Seguro DPVAT e Leis 11.482/2007 e 11.945/2009
Quanto à suposta ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o Plenário destacou que não existiria direito constitucionalmente assegurado ao atendimento em hospitais privados. Se a vítima de acidente de trânsito não dispusesse de recursos para pagar as despesas de atendimento hospitalar na rede privada, o Estado lhe proporcionaria os hospitais do SUS. Destacou, além disso, que as normas questionadas não ofenderiam o princípio da igualdade, porquanto não estaria vedado o acesso universal à saúde pública, garantido constitucionalmente. Relativamente à diminuição do valor da indenização atinente ao seguro DPVAT verificada na legislação impugnada, o mencionado valor seria aferível mediante estudos econômicos colhidos pelo Parlamento, razão pela qual a observância da capacidade institucional do Poder Judiciário e a deferência conferida ao Poder Legislativo sob o pálio da separação dos Poderes, imporiam o desejável “judicial self-restraint”. Em consequência, seriam constitucionais as novas regras legais que modificaram os parâmetros para pagamento do seguro DPVAT, as quais teriam abandonado a correlação com determinado número de salários-mínimos e estipulado valor certo em reais. No que diz com a suposta inconstitucionalidade das regras

legais que criaram tabela para o cálculo do montante devido a título de indenização, cuidar-se-ia de medida que não afrontaria o ordenamento jurídico. Ao revés, tratar-se-ia de preceito que concretizaria o princípio da proporcionalidade, a permitir que os valores fossem pagos em razão da gravidade da lesão ao acidentado. Além do mais, não haveria, no caso, violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação do retrocesso social. O primeiro princípio não poderia ser banalizado como pretendido, sob pena de ter sua efetividade injustamente reduzida. Outrossim, dizer que a ação estatal devesse caminhar no sentido da ampliação dos direitos fundamentais e de assegurar-lhes a máxima efetividade possível não significaria afirmar que fosse terminantemente vedada qualquer forma de alteração restritiva na legislação infraconstitucional, desde que não se desfigurasse o núcleo essencial do direito tutelado. As alterações legais contestadas teriam se destinado à racionalização das políticas sociais já estabelecidas em relação ao seguro DPVAT e não afetariam desfavoravelmente o núcleo essencial de direitos sociais prestados pelo Estado, porquanto teriam modificado apenas marginalmente os contornos do referido seguro para viabilizar a sua subsistência. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que, inicialmente, destacava o não atendimento do predicado relativo à urgência para a edição das medidas provisórias em comento. Afirmava, também, ter ocorrido, na edição dessas espécies normativas, uma miscelânea que conflitaria com o devido processo legislativo, no que, no bojo de norma a disciplinar tributos, se inserira a regência de matéria diversa — seguro DPVAT —, o que ofenderia o parágrafo único do art. 59 da CF. Apontava, além disso, a existência de inconstitucionalidade material no ponto em que as referidas normas obstaculizaram a cessão de crédito — que se situaria no campo patrimonial —, a tolher a liberdade do seu titular.⁶⁵

Com essa decisão, é possível perceber que ao enfrentar a constitucionalidade de leis que alteraram os critérios do DPVAT – contribuição parafiscal compulsória, conforme já enfrentado pelo STJ⁶⁶, que se insere em um sistema legal de proteção social, análogo ao que ocorre no âmbito da Seguridade Social, não só o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade foi utilizado na ponderação de interesses, mas também, os já explicitados nas seções acima, princípio da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso social e da máxima efetividade.

⁶⁵ BRASIL. V. STF. Informativo 764. ADI 4627/DF Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 23/10/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28direitd+social+dignidade+pessoa+humana%29&base=baseInformativo&url=http://tinytin.com/ostc2x7>. Acesso em: 13/12/2014.

5. APOIO E OBJEÇÕES À INTERVENÇÃO JUDICIAL

A questão da intervenção judicial em decisões que impõem obrigações positivas ao Estado, por muito tempo, gerou grande debate doutrinário e jurisprudencial. Assim, nesse cenário despontaram argumentações de apoio a essa atitude proativa do Judiciário, mas também objeções.

As críticas ao ativismo judicial, todavia, não afastaram a importância de tal atuação, mas se concentraram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

A postura proativa do Judiciário é encarada como um risco a legitimidade democrática pelo fato dos membros do Judiciário não serem eleitos pelo voto popular, como os são os membros do Legislativo e Executivo, tendo, pois, como pilar de fundamentação a soberania popular. Entretanto, não se pode negar o papel político que exercem, até mesmo ao invalidar atos desses outros poderes.

Surge, então, o que a teoria constitucional denomina de dificuldade contramajoritária⁶⁷, pois se não são investidos pelo voto do povo, que é o detentor do poder, não poderiam representar sua vontade e invalidar atos dos que foram eleitos pela vontade popular.

Nesse ponto, para justificar a intervenção do Judiciário existem duas posições.⁶⁸

Uma, baseia-se na norma, já que a própria Constituição Federal atribui tal competência. Sendo certo que, ao aplicarem a Constituição e as leis, os magistrados não têm

⁶⁶ Nesse sentido: REsp. N.68146/SP e REsp. N.218.418/SP.

⁶⁷ Dificuldade contramajoritária expressa a ideia de que pessoas que não são investidos pelo voto do povo, que é o detentor do poder, não poderiam representar sua vontade e invalidar atos dos que foram eleitos pela vontade popular.

⁶⁸ TAYLOR, Matthew M. *O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001. Acesso em: 15/12/2014.

vontade política própria, pois estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo.

A outra justificativa para a atuação do Judiciário na vida institucional encontra amparo filosófico, pois democracia não se resume ao princípio majoritário. O Estado constitucional democrático é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem, e entre as quais podem surgir tensões e conflitos aparentes. Afinal, Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, expressa razão. Já democracia significa o poder fundado na vontade da maioria.

Assim, o Judiciário, que é principal intérprete da Constituição, não pode suprimir o governo da maioria, nem o papel do Legislativo, devendo ser respeitoso para com as deliberações do Congresso, com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais.

Dessa forma, o Poder Judiciário atua legitimamente quando é capaz de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

Em relação ao Risco de Politização da Justiça, essa colocação advém da Teoria crítica do Direito, para a qual direito é política, sendo o Judiciário uma instância de poder e dominação. Nesse sentido, uma decisão judicial pode ter fundamentação política e não jurídica, já que o Judiciário está imiscuindo-se em questões afetas ao processo majoritário.

Contudo, atualmente, em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana, tendo sentido político sim, mas a partir do momento que sua criação é produto da vontade da maioria, manifestado na Constituição e nas leis; que sua aplicação não pode ser dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos.

O papel da Constituição é fazer a interface entre o universo político e o jurídico, tendo em sua interpretação uma dimensão política, mas balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente. Assim, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Por isso, a exigência constitucional de motivação nas decisões judiciais, a fim de demonstrar a argumentação racional e, que, por fim, confere legitimação ao Judiciário, pois demonstra não estar agindo no sentido político.

Cabe ressaltar que o juiz só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria, devendo respeitar a presunção de validade das leis e sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível, pois, embora não eleito, o poder que exerce é representativo.

A conservação e a promoção dos direitos fundamentais devem sempre prevalecer, ainda que contra a vontade das maiorias políticas, pois suas decisões não podem ser populistas. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa, se dá a favor e não contra a democracia.

Outro importante ponto objeto de crítica são os limites da capacidade institucional do Judiciário. Isso decorre do modelo separação de Poderes, no qual as funções estatais de legislar, administrar e julgar são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes, mas que exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, visando impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, que são colocariam em risco a democracia e os direitos fundamentais.

Dessa forma, Legislativo, Executivo e Judiciário interpretam a Constituição e deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos, mas em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Contudo, isso não significa, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal, pois se deve observar a capacidade institucional, ou seja, qual Poder está mais habilitado a produzir a

melhor decisão em determinada matéria. Afinal, o julgador nem sempre dispõe das informações, de tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões individuais, mas que afetam a realidade social, como a prestação de um serviço público, pois ele está preparado para realizar microjustiça, ou seja, a justiça do caso concreto.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, excetuando-se a violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

Em suma, sob essa perspectiva, o Judiciário deve ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional ao se tratar de assuntos de políticas públicas.

Por outro lado, a grande face positiva do fenômeno do ativismo judicial é que as demandas sociais, não satisfeitas pelos demais Poderes, estão sendo atendidas. Afinal, a Constituição Federal de 1988 elevou o Brasil a Estado Democrático de Direito e, certamente, a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, e cabe ao Judiciário preservar os valores inspiradores da lógica democrática, ainda que em seu conteúdo mínimo, que expressa o mínimo existencial, consubstanciando na dignidade humana.

O papel do Judiciário deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, bem como assegurar a estabilidade institucional, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, sem que isso macule a separação entre eles, devendo se efetivar ao máximo as normas constitucionais, atendendo a todas as demandas da sociedade contemporânea.⁶⁹

Conforme já foi visto no capítulo 3, se há um marco que pôs fim à discussão sobre a possibilidade de concessão dos direitos prestacionais pela via judicial, pode-se afirmar que foi o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF 45/2004.

⁶⁹ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O papel do juiz no mundo globalizado*. Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 2ª. Região, n.7, 2004, p. 199 *apud* MORAES, Alexandre de *et al.* 20 anos da Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 338.

Não obstante todas as objeções à intervenção judicial, após a decisão acima, embora tenha a ADPF sido julgada prejudicada pela perda superveniente do objeto, seus fundamentos servem, até hoje, de embasamento para todas as medidas afetas aos direitos prestacionais em que o Judiciário é reclamado a atuar.

6. RESPONSABILIZAÇÃO PELAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

Conforme já exposto, não há dúvida quanto à possibilidade de exigibilidade de direitos sociais por intermédio da intervenção do Poder Judiciário. Contudo, a fim de garantir o cumprimento das decisões judiciais, alguns mecanismos são utilizados como meios de coerção, bem como a possibilidade de processos de natureza político-administrativa, penal e civil na persecução da implementação dos direitos sociais.

6.1 Multa

Comumente, nas ações de condenação em obrigação de fazer contra a Fazenda Pública, seja nos provimentos judiciais de caráter antecipatório ou final, é cominada multa em razão do descumprimento, total ou parcial.

Segundo Guilherme Pena de Moraes⁷⁰, a teor do previsto no artigo 14, inciso V e parágrafo único, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 10.358/2001, a multa pode ser arbitrada pelo desrespeito ao princípio da probidade processual, pois é dever das partes cumprir com exatidão e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais.

A multa por atos atentatórios ao exercício da jurisdição, prevista no indigitado artigo, constitui sanção pecuniária destinada a coibir as condutas processuais desviantes das partes e dos demais intervenientes da relação processual. Assim, a conduta atentatória ao exercício da jurisdição pode ser cometida pelas partes processuais (autor e réu) e por todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo. Abrange também, pois, os auxiliares do juízo (oficiais de justiça, peritos), testemunhas, autoridade coatora, agentes públicos (Prefeito) e

⁷⁰ MORAES, Guilherme Peña. Controle Judicial das Omissões da Administração Pública sob a perspectiva do Neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro e PUGLIESI, Marcio. *20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.p.339.

quaisquer pessoas que devam cumprir ou fazer cumprir os mandamentos judiciais, não se exigindo a qualidade de parte processual, mas apenas um nexo de vinculação mediata à relação processual. Somente os advogados foram expressamente excluídos pela norma do parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, inclusive aqueles sujeitos a regimes jurídicos diversos, como os procuradores públicos.

O montante deve ser fixado em atenção à gravidade da conduta e não superior a 20% do valor da causa e o não pagamento sujeita à inscrição do valor como dívida ativa da União ou do Estado. O beneficiário da multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição será a Fazenda Pública.

A multa em exame é sanção processual de caráter punitivo, e não indenizatório ou cominatório. Não se confunde, portanto, com a multa cominatória, conhecida como *astreintes*.

Pode ser aplicada sem prejuízo do dever de indenizar a parte prejudicada e das demais sanções civis, processuais e penais cabíveis. Pode, portanto, ser cumulada com a responsabilização penal do comportamento desobediente (artigos 329 e 330 do Código Penal – prevaricação e desobediência), com a reparação civil de danos materiais ou morais, além das demais sanções processuais (artigos 287 e 461, § 4º do Código de Processo Civil).

Nesse sentido, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REVISÃO DE PENSÃO. DEFERIMENTO DE LIMINAR. MULTA DIÁRIA DIRECIONADA À AUTORIDADE IMPETRADA. POSSIBILIDADE.

1. A questão nos autos indaga saber se pode a multa cominatória ser direcionada ao agente público que figura como impetrado na ação mandamental. 2. Segundo o Tribunal de origem, "a imposição da multa pessoal cominada ao Presidente do RIOPREVIDENCIA, vez que em consonância com o parágrafo único do art. 14 do CPC, [...] tem por finalidade reprimir embaraços a efetivação do provimento judicial". 3. A cominação de *astreintes* pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais. (Precedente: REsp 1111562/RN, da relatoria do Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, publicado em 18/09/2009). 4. Agravo regimental não provido.⁷¹

⁷¹ BRASIL. V. STJ. AgRg no AREsp 472750 / RJ . Relator: Min. MAURO CAMPBELL MARQUES. Segunda Turma. Data do julgamento: 03/06/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=multa+14+cpc&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10>. Acesso em: 11/11/2014.

A intimação dos administradores públicos para o cumprimento de ordem ou obrigação, sob pena de aplicação pessoal ao administrador da multa do art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil, mostra-se eficiente instrumento para o cumprimento de obrigações e deveres de fazer pelos agentes políticos.

Há, ainda, a possibilidade de fixação de *astreintes*, prevista nos artigos 287 e 461, § 4º do Código de Processo Civil.

Trata-se de sanção pecuniária devida pelo inadimplemento da decisão judicial e não substitui a obrigação de reparar o dano. O fito é de convencer o demandado a cumprir a decisão e, no ordenamento jurídico brasileiro, destina-se ao autor da ação. Contudo, para Luiz Guilherme Marinoni⁷², o beneficiário da multa deve ser o Estado, pois é voltada à defesa da autoridade do Estado-Juiz, como ocorre na Alemanha. O doutrinador defende que não é racional que o lesado receba valor que não diz respeito ao dano sofrido.

Assim como a multa prevista no artigo 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil, as *astreintes* podem ser estipuladas não só em face do ente estatal, como também pessoalmente às autoridades ou agentes públicos responsáveis pela efetivação das determinações judiciais.⁷³ Contudo, impende salientar que no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, é possível encontrar entendimento em sentido contrário.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. NECESSÁRIA INTERNAÇÃO EM CENTRO DE TERAPIA INTENSIVA COM SERVIÇO DE NEUROCIRURGIA. DEFERIMENTO DA LIMINAR, SENDO DETERMINADA A INTERNAÇÃO DO RÉU EM CTI DA REDE PÚBLICA ESTADUAL OU MUNICIPAL OU, NA SUA IMPOSSIBILIDADE, EM HOSPITAL PARTICULAR, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA PESSOAL DE R\$10.000,00 (DEZ MIL REAIS). IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MULTA AO AGENTE PÚBLICO DE OBRIGAÇÃO IMPOSTA À

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sergio Cruz. *Execução*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.(Curso de Processo Civil; v.3) p.74-75.

⁷³ BRASIL. V. STJ. EDcl no REsp 1.111.562, Segunda Turma. Relator: Min. Castro Meira. Data do julgamento: 16/06/2010. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14603573/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-1111562-rn-2008-0278884-5/inteiro-teor-14603574>. Acesso em: 25/11/2014.

FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. FIXAÇÃO DE ASTREINTES COMO MEDIDA COERCITIVA OU SEQUESTRO DE VERBA PÚBLICA COMO MEDIDA DE APOIO NA HIPÓTESE DE INEFICÁCIA DE OUTROS MEIOS DE COERÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO (ART.557, §1º-A, DO CPC) PARA FIXAR EM 12 (DOZE) HORAS A CONTAR DA INTIMAÇÃO DO SECRETÁRIO DE SAÚDE O PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO, BEM COMO PARA AFASTAR A MULTA SOBRE O PATRIMÔNIO PESSOAL DOS AGENTES, REDIRECIONANDO-A AOS PRÓPRIOS ENTES.⁷⁴

A impossibilidade de imposição de multa pessoal ao agente público reside na ausência de norma legal e com base na Teoria do Órgão.⁷⁵

Não existe limite para o valor da multa e admite-se que pode superar o valor da prestação, pois a sua finalidade é a de convencer ao cumprimento da prestação, e não dar ao credor o seu valor equivalente.

Pode ser fixada com valor diário (§4º) ou em valor fixo (§5º), a teor do previsto no artigo 461 do Código de Processo Civil. Entretanto, pode ser revista, na forma do §6º do indigitado artigo e conforme se depreende do julgado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MULTA (ASTREINTES) ARBITRADA DENTRO DOS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a revisão do valor das astreintes somente é possível quando se mostrar exorbitante ou irrisório, o que não é o caso dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgRg no AREsp 33.288/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 27/05/2014; AgRg no AREsp 8.869/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 05/09/2011.

2. Agravo regimental não provido.⁷⁶

⁷⁴ BRASIL. V. TJERJ. Agravo de instrumento 0050553-61.2014.8.19.0000. Julgador: Des. Mario Guimaraes Neto - Decima Segunda Camara Civel. Data de Julgamento: 27/01/2015. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/search?q=prisao+civil+medida+coercitiva&btnG>. Acesso em: 16/02/2015.

⁷⁵ A teoria do órgão enuncia que toda atuação do agente público deve ser imputada ao órgão que ele representa e não à sua pessoa. Por consequência, sendo o órgão uma divisão das pessoas que compõe a Administração Pública direta ou indireta, a atuação dos servidores públicos é atribuída diretamente à pessoa jurídica para a qual trabalha.

⁷⁶ BRASIL. V. STJ. AgRg no AREsp 594672 / MG. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Data do julgamento: 20/11/2014. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153993087/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-594672-mg-2014-0257335-0>. Acesso em: 20/12/2014.

A intenção é permitir que o juiz altere o valor (redução ou majoração) ou a periodicidade da multa fixada, ainda que em sentença transitada em julgado, segundo as necessidades de cada caso concreto, em razão da própria natureza provisória das *astreintes* e do seu escopo.

6.2 Prisão Civil

Segundo Luiz Guilherme Marinoni⁷⁷, a prisão civil pode ser utilizada como meio de execução, ou seja, como meio de coerção indireta, assim como a multa. Para o doutrinador, o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal⁷⁸ ao proibir a prisão por dívida, o quis fazer em relação às de caráter pecuniário. Mais do que isso, afirma que se o constituinte desejasse vedar toda e qualquer prisão, com exceção dos casos do devedor de alimentos e do depositário infiel, não faria menção explícita à prisão por dívida.

Nesse diapasão, a interpretação do artigo constitucional deve considerar que o uso da prisão, como meio de coerção, pode ser imprescindível à tutela dos direitos fundamentais.

A autorização legal para a utilização da prisão como meio de execução encontra amparo no artigo 461 § 5º do Código de Processo Civil⁷⁹, pois apresenta um rol exemplificativo de medidas que o juiz entender necessárias para o adimplemento da decisão.

⁷⁷ MARINONI, op.cit., p.85-86.

⁷⁸ Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

⁷⁹ Art. 461: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º : Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994).

Contudo, deve ser ressaltado, que essa posição não encontra eco na jurisprudência dos Tribunais brasileiros.

6.3 Execução específica da obrigação de fazer contra a Fazenda Pública

Embora haja entendimentos em contrário⁸⁰, a outorga judicial da tutela específica da obrigação de fazer em face da Fazenda Pública não só é possível, como é necessária quando se trata de assegurar direitos fundamentais, como os direitos relacionados à manutenção da vida. Espelha a possibilidade do Poder Judiciário em impor a disponibilização orçamentária ou até o remanejamento desses valores.

Nessa linha, comumente, o Poder Judiciário vale-se da busca e apreensão e do bloqueio/sequestro de verbas públicas.

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPORTUNIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO. MULTA DIÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes.

3. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

4. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra a União, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o Jurisprudência/STJ – Acórdãos funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da

⁸⁰ Em sentido contrário: GRECO FILHO, Vicente. *Da execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1986 e THEODORO JUNIOR, Humberto. *Ação Civil Pública e outras ações coletivas: algumas observações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).

5. Está devidamente comprovada a necessidade emergencial do uso do medicamento sob enfoque. A utilização desse remédio pela autora terá duração até o final da sua gestação, por se tratar de substância mais segura para o bebê.

6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o bloqueio de verbas públicas e a fixação de multa diária para o descumprimento de determinação judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde.

7. Recurso Especial não provido.⁸¹

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5o. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ.

1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.

2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ.⁸²

Em ambos os julgados defende-se a possibilidade de tais medidas, com fundamento legal no art. 461, §5º, do Código de Processo Civil, e amparo constitucional no direito fundamental à saúde, quando se vislumbrar a urgência e imprescindibilidade de sua prestação.

6.4 Responsabilidade político-administrativa

A omissão estatal, segundo exposição de Guilherme Peña de Moraes⁸³, quanto ao exercício dos direitos sociais, como meio de sub-rogação nas prestações do Estado, pode, primariamente, configurar crime de responsabilidade do Presidente ou Governadores dos

⁸¹ BRASIL. V. STJ. REsp 1488639 / SE. Relator: Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Data do julgamento: 20/11/2014. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/148924676/recurso-especial-n-1488639-se-do-stj>. Acesso em: 16/02/2015.

Estados, consoante artigos 4º, III, 7º e 74 da Lei nº 1.079/50⁸⁴, bem como infração político-administrativa dos Prefeitos, com fulcro no artigo 4º do Decreto-lei 201/67⁸⁵.

6.5 Responsabilidade penal

Guilherme Peña de Moraes⁸⁶ salienta a possibilidade secundária de que as condutas omissivas dos agentes públicos possam configurar infração penal prevista no artigo 319 do Código Penal⁸⁷.

Contudo, para caracterização do crime de prevaricação, o especial fim de agir, consistente na satisfação de interesse ou sentimento pessoal, deve estar comprovado. Além disso, segundo Rogério Greco⁸⁸, por ato de ofício deve ser entendido aquele que se encontra na esfera de atribuição do agente público e, nesse sentido é importante ressaltar que o cumprimento fiel das decisões judiciais é dever de todos, e não um dever específico de determinado agente público, o que leva à conclusão de que dificilmente essa figura típica estará configurada pelo mero inadimplemento da determinação judicial.

⁸² BRASIL. V. STJ. 1ª Seção. REsp 1.069.810/RS. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data do julgamento: 06/11/2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24588336/recurso-especial-resp-1069810-rs-2008-0138928-4-stj/inteiro-teor-24588337>. Acesso em: 16/02/2015.

⁸³ MORAES, op.cit., p.340.

⁸⁴ Art. 4º São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra: III - O exercício dos direitos políticos, individuais e sociais. Art. 7º São crimes de responsabilidade contra o livre exercício dos direitos políticos, individuais e sociais:9 - violar patentemente qualquer direito ou garantia individual constante do art. 141 e bem assim os direitos sociais assegurados no artigo 157 da Constituição;(referências à Constituição brasileira de 1946)Art. 74. Constituem crimes de responsabilidade dos governadores dos Estados ou dos seus Secretários, quando por eles praticados, os atos definidos como crimes nesta lei.

⁸⁵ Art. 4º São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato: VII - Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática;

⁸⁶ MORAES, op.cit., p.340.

⁸⁷ Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

⁸⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Especial*. Vol.IV. 6.ed.Rio de Janeiro: Impetus, 2010.p.422.

Quanto ao crime de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal⁸⁹, a sua incidência é rechaçada pela jurisprudência.

Nesse sentido, segue julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Agravo de Instrumento. Relação de consumo. Direito Processual Civil. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Tutela antecipada. Decisão que deve ser mantida. Narrativa trazida, que, somada ao conjunto probatório apresentado, indica elementos suficientes e capazes de demonstrar, com certeza e segurança, a verossimilhança do Direito e o perigo da demora. Insurgência contra a multa aplicada em caso de descumprimento que não merece acolhimento. Não incidência da súmula nº 59, TJ/RJ. Decisão que comina dupla penalidade: prisão por desobediência e multa diária. Reforma apenas para excluir a pena de prisão. Precedentes deste Tribunal. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.⁹⁰

Segundo Nelson Hungria⁹¹, o tipo penal em comento é subsidiário e só está configurado quando inexistir penalidade administrativa ou civil para a hipótese do descumprimento ou se a lei expressamente ressaltar a cumulação da sanção penal, o que não é a hipótese analisada, pois o magistrado, como já foi visto, pode se valer da busca e apreensão, do bloqueio de verbas públicas, bem como da fixação de multa.

6.6 Responsabilidade civil

Nessa seara, conforme ilustrado por Guilherme Pena de Moraes⁹², não se trata da análise da responsabilidade civil do Estado prevista no artigo 37 § 6º da Constituição Federal, mas da persecução das omissões na implementação dos direitos sociais por meio de

⁸⁹ Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

⁹⁰ BRASIL. V. TJERJ. Agravo de instrumento 0058706-83.2014.8.19.0000. Julgador: Lucia Mothe Glioche. Vigésima Quarta Camara Cível. Data do julgamento: 03/02/2015. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/search?q=prisao+civil+medida+coercitiva&btnG>. Acesso em: 16/02/2015.

⁹¹ HUNGRIA *apud* GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Especial*. Vol.IV. 6.ed.Rio de Janeiro: Impetus, 2010.p.422.

procedimentos de natureza administrativa, cuja titularidade pertence ao Ministério Público, como recomendações (artigo 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/93) inquérito civil (artigo 6º, VII, da Lei Complementar nº 75/93) e termo de ajustamento de conduta (artigo 5º, §6º da Lei 7.347/85), e ações judiciais próprias da defesa de tutela coletiva, tais como a ação popular (artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal), o mandado de segurança coletivo (artigo 5º, LXX, da Constituição Federal) e a ação civil pública (artigo 1º, IV, da Lei 7.347/85).

O ilustre doutrinador afirma a possibilidade de tais mecanismos como meios de sub-rogação nas prestações estatais, em razão das condutas omissivas que ameacem ou lesem interesses metaindividuais.⁹³

6.7 Responsabilidade disciplinar

A responsabilidade administrativa surge quando o servidor pratica um ilícito administrativo, que pode se verificar por uma conduta omissiva ou comissiva, desde que haja previsão estatutária.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁴, diferentemente do sistema punitivo penal, na esfera administrativa as condutas não têm a precisa definição. Os estatutos apresentam um

⁹² MORAES, op.cit., p.340.

⁹³ Em sentido amplo, ou lato sensu, os interesses metaindividuais são direitos humanos, ou fundamentais, relativizados no tempo e no espaço, de caráter universal, mas que conservam em si os alicerces do respeito à dignidade humana e à construção de uma sociedade democrática. Em sentido restrito, ou stricto sensu, os interesses metaindividuais são o gênero do qual são espécies os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. A definição desses, por sua vez, é encontrada no artigo 81 da Lei 8.078/90- Código de Defesa do Consumidor: Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

⁹⁴ DI PIETRO apud CARVALHO FILHO, José Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24.ed.rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.701

elenco de deveres e vedações aos servidores públicos e o ilícito administrativo vai estar configurado justamente na inobservância destes.

Assim é possível que a desídia no cumprimento de uma decisão judicial configure infração de um dever funcional específico previsto na lei estatutária e, conforme salientado por Francisco Mauro Dias⁹⁵, essa responsabilidade disciplinar não é excluída pela responsabilidade político-administrativa, penal e civil da Administração Pública.

⁹⁵ DIAS apud MORAES, Guilherme Peña. Controle Judicial das Omissões da Administração Pública sob a perspectiva do Neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro e PUGLIESI, Marcio. *20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.p.341.

CONCLUSÃO

O Poder Judiciário tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira, decidindo sobre questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade, sob o escopo da proteção aos direitos fundamentais. Isso demonstra um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por fundamento o voto popular.

A Constituição estabelece as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário, visto que também deve proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade de quem tem mais votos. Assim, sua interpretação sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecido pelo ordenamento vigente.

Essa postura proativa do intérprete constitucional, expandindo o sentido e alcance da Constituição e ampliando a participação do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, como foi visto ao longo desse trabalho monográfico, representa o ativismo judicial. Este busca extrair ao máximo o potencial do texto constitucional, sem se imiscuir no processo de criação da norma.

Nitidamente, nos últimos anos, a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito, principalmente, do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário para, em nome da Constituição, prolatar decisões necessárias para suprir omissões legislativas e executivas, mas que, por vezes, possuem caráter normativo geral.

Com esse entendimento, o Judiciário tem compelido o Estado a prestar direitos sociais básicos, ainda que de forma mínima, garantindo a eficácia normativa do núcleo essencial desse direito, para que a pessoa possa viver com dignidade.

No Estado democrático de direito contemporâneo, o Judiciário é o principal guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos próprios valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes, sendo esse papel bem exercido uma garantia à própria democracia.

Hoje, em tempos de pós-positivismo, busca-se uma forma mais justa do que a simples legalidade formal, de modo que as normas sejam elaboradas e aplicadas com respeito às liberdades individuais e coletivas.

A promoção do bem-estar do homem é a meta central das Constituições modernas, inclusive a brasileira, e, cujo ponto de partida é assegurar as condições de dignidade, que, além da proteção dos direitos individuais, inclui condições materiais mínimas de existência.

Certo é que, na atual palco que se situa o Poder Judiciário brasileiro, reconhece-se como democrático o fenômeno do ativismo, pois não se pode conceber que o arbítrio estatal seja oponível à efetivação dos direitos sociais, sendo, dessa forma, reconhecida a relatividade da liberdade de conformação do legislador, em virtude da necessidade de preservar a integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial, em favor dos indivíduos, no processo de concretização das liberdades positivas, ou seja, dos direitos constitucionais de segunda geração.

E para tanto, não resta mais dúvida quanto à legitimidade do Poder Judiciário na concretização desses direitos, bem como da utilização de ferramentas que assegurem o fiel cumprimento dos comandos constitucionais e das decisões judiciais.

Afinal, a justiça é um valor eterno, que permeia os pensamentos dos que se preocupam com as relações práticas acerca das relações sociais, sendo universal o debate sobre a busca da justiça, através do Direito, independente da cultura de cada país.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15/01/2013.

_____. Constituição (1946). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 20/01/2014.

_____. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 20/01/2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Proc. n° 2003.001.17324 - Órgão Julgador: SÉTIMA CÂMARA CÍVEL. DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO. Disponível em < <http://jus.com.br/revista/texto/7648/direito-a-saude-como-direito-decidadania#ixzz2PSod0evi>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Proc. n° 0014235-13.2009.8.19.0014 - Reexame Necessario. Relator: Des. Nagib Slaibi. Julgamento: 02/02/2011. Sexta Câmara Cível. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?mgwlpn=consulta&pgmwebjrp103_xprod&portal=1&lab=jurxweb&data=63225&job=24557&ini=11&origem=1&tot=14&palavra=educacao%20matricula%20instituicao%20particular&pri1=&pri2=&pri3=&flagconta=0&checkacordao=1&checkdecisaomono=1. Acesso em: 07/02/2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Proc. n° 0024862-81.2010.8.19.0001 – Relator: Des. Maria Ines Gaspar - Julgamento: 31/01/2014. Decima Sétima Câmara Cível. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201400104244>. Acesso em: 11/03/2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Proc. n° 0049361-95.2011.8.19.0001. Relator: Des. Teresa Castro Neves - Julgamento: 21/06/2013 - Sexta Câmara Cível. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201222708298>. Acesso em: 11/03/2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Proc. n° 0007658-92.2011.8.19.0064. Relator: Des. Fernando Cerqueira. Data do julgamento: 12/12/2013. Décima Quinta Câmara Cível. Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118206466/apelacao-apl-76589220118190064-rj-0007658-9220118190064>. Acesso em: 06/03/2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Proc. n° 1643954-33.2011.8.19.0004 Relator: Des. Leila Albuquerque. Data do julgamento: 31/01/2014. Décima Oitava Camara Cível. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201422700415>. Acesso em: 11/03/2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Proc. n° 0056621-61.2013.8.19.0000. Des. Elisabete Filizzola – Data do julgamento: 31/01/2014. Segunda Camara Cível. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201300240389>. Acesso em: 11/03/2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo Administrativo n° 0014104 12.2011.8.19.0000 - Julgamento em 06/06/2011 - Relator: Desembargador José Geraldo Antonio. Votação unânime. Disponíveis em: http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150637&desc=ti&servidor=1&iIdioma=0. Acesso em: 26/05/2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de instrumento 0050553-61.2014.8.19.0000. Julgador: Des. Mario Guimaraes Neto - Decima Segunda Câmara Cível. Data de Julgamento: 27/01/2015. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/search?q=prisao+civil+medida+coercitiva&btnG>. Acesso em: 16/02/2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de instrumento 0058706-83.2014.8.19.0000. Julgador: Lucia Mothe Glioche. Vigésima Quarta Câmara Cível. Data do julgamento: 03/02/2015. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/search?q=prisao+civil+medida+coercitiva&btnG>. Acesso em: 16/02/2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe. Proc. n° 2011210291. Relator: Des. Cláudio Dinart Déda Chagas. Data do julgamento: 28/05/2012. Disponível em: <http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21831001/agravo-de-instrumento-ai-2011210291-se-tjse>. Acesso em: 05/03/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 598212 ED / PR. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 25/03/2014 Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AI598212CM.pdf>. Acesso em 25/03/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. AgReg no RE 642536/AP. Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 05/02/2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28minimo+existencial%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/koloqda>. Acesso em: 11/08/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639337. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 23/08/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28moradia+dignidade+pessoa+humana%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pyp3oxo>. Acesso em 13/12/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo 764. ADI 4627/DF Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 23/10/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28direitd+social+dignidade+pessoa+humana%29&base=baseInformativo&url=http://tinytin.com/ostc2x7>. Acesso em: 13/12/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 550.530/PR. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em: 26/06/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>. Acesso em: 20 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.698. Rel. Min. Carmem Lúcia, j. 25.02.2010, Plenário, DJE de 16.04.2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1698&processo=1698>. Acesso em: 12/01/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1950/SP. Relator: Min. Eros Grau. Data do julgamento: 03/11/2005. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28lazer%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pqsx3xo>. Acesso em: 11/08/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 559.646-AgR. Rel. Min. Ellen Gracie Data do julgamento: 7/6/2011. Segunda Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1> acesso. Acesso em: 10/08/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI 3650 AgR segundo / DF - Relator: Min. Teori Zavascki. Data do julgamento: 14/05/2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6046435>. Acesso em: 14/09/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 706828 AgR / BA. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 12/11/2013. Órgão julgador: Primeira Turma. Disponível em:

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24684611/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-706828-ba-stf>. Acesso em: 14/09/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 567985 / MT. Relator: Min. Marco Aurelio. Data do julgamento: 18/04/2013. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo_702.htm. Acesso em: 14/09/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 29/04/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições). Acesso em: 05/05/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 472750 / RJ. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Data do julgamento: 03/06/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=multa+14+cpc&&b=COR&p=true&t=&l=10&i=10>. Acesso em: 11/11/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1.111.562, Segunda Turma. Relator: Min. Castro Meira. Data do julgamento: 16/06/2010. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14603573/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-1111562-rn-2008-0278884-5/inteiro-teor-14603574>. Acesso em: 25/11/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 594672 / MG. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Data do julgamento: 20/11/2014. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153993087/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-arep-594672-mg-2014-0257335-0>. Acesso em: 20/12/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1488639 / SE. Relator: Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Data do julgamento: 20/11/2014. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/148924676/recurso-especial-n-1488639-se-do-stj>. Acesso em: 16/02/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.069.810/RS. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data do julgamento: 06/11/2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24588336/recurso-especial-resp-1069810-rs-2008-0138928-4-stj/inteiro-teor-24588337>. Acesso em: 16/02/2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional e a efetivação de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9 ed. Rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6.ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.Pdf> >. Acesso em: 20/04/2014.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

CARVALHO FILHO, José Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24.ed.rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

FILHO, Willis Santiago Guerra. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos Fundamentais Sociais – Releitura de uma Constituição Dirigente*. Curitiba: Juruá, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial. Vol. IV. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Da execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1986.

LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível em: < <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm> >. Acesso em 12/08/2012.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12 ed. ver, atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAIA, Juliana (Org.). *Aulas de direito constitucional de Vicente Paulo*. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sergio Cruz. *Execução*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.(Curso de Processo Civil; v.3)

MEIRELLES. Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Guilherme Peña. Controle Judicial das Omissões da Administração Pública sob a perspectiva do Neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro e PUGLIESI, Marcio. 20 anos da Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOTTA, Sylvio e BARCHET, Gustavo. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

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

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2002.

TAYLOR, Matthew M. *O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001. Acesso em: 15/12/2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Ação Civil Pública e outras ações coletivas: algumas observações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck ; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BAUMANN, Marcelo. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf> . Acesso em: 25/04/2014.