



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ**  
**CURSO ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**  
**SANDRO MIOTTO TAVARES**

**A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS SOB A ÓTICA DO**  
**PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

**Fortaleza – CE**  
**Janeiro, 2012**

**SANDRO MIOTTO TAVARES**

**A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS SOB A ÓTICA  
DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Monografia apresentada à Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará- ESMEC como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Constitucional, sob a orientação do prof. Dr. Andre Luis Tabosa de Oliveira

**Fortaleza - Ceará  
2012**

À Deus em primeiro plano por ser a fonte  
de tudo que temos nessa vida.  
Aos meus pais e irmãos,  
que me ajudaram nessa conquista.

## AGRADECIMENTOS

Ao professor Andre Luis Tabosa de Oliveira, por aceitar a tarefa de orientação.

Aos professores Edilson Baltazar Barreira Júnior e Emílio de Medeiros Viana, por aceitarem participar da banca examinadora desta monografia.

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo abordar a implementação dos direitos sociais sob a ótica financeira. Assim, apresentou-se a classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia para que se chegasse a uma compreensão do quanto estaria o Poder Público vinculado àquelas. Em um segundo momento verificou-se a atuação do Estado na implementação dos direitos fundamentais de segunda geração. Deste modo, discorreu-se sobre a participação do Poder Executivo como efetivador direto das prestações sociais, o Poder Legislativo e sua participação quanto a complementação das normas de eficácia limitada e as omissões inconstitucionais e o Poder Judiciário como instituição de controle de constitucionalidade e de conformidade dos atos estatais. Adentrou-se, no último capítulo, na problemática para a efetivação dos direitos sociais abordando a ausência de vontade política, bem como a questão financeira.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Reserva do Possível. Direitos sociais. Constituição.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 A CONSTITUIÇÃO E A IMPLEMENTAÇÃO DOS DOGMAS SOCIAIS.....	09
1.1 Classificação das normas constitucionais quanto a eficácia.....	09
1.2 Os direitos sociais na Constituição de 1988.....	14
1.3 Princípios constitucionais de interpretação.....	22
2 A ATUAÇÃO DO ESTADO NA CONSECUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	29
2.1 Atuação do Poder Executivo.....	31
2.2 Atuação do Poder Legislativo.....	33
2.2.1 Omissões legislativas.....	35
2.2.2 Direito à emanção de normas e direito subjetivo.....	37
2.3 Atuação do Poder Judiciário.....	40
2.3.1 Controle de constitucionalidade.....	41
2.3.2 Controles dos atos executivos da administração.....	44
2.3.3 Meios processuais para a implementação dos direitos sociais.....	44
3 A PROBLEMÁTICA DA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	51
3.1 Possibilidade financeira.....	52
3.2 Como solucionar o problema da necessidade possibilidade.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
REFERÊNCIAS.....	60
APÊNDICE.....	62

## INTRODUÇÃO

Os direitos sociais exigem, em sua maioria, uma atuação positiva na sua real efetivação. Toda atuação da Administração demanda gastos e despesas. Aqueles direitos que exigem apenas uma conduta de abstenção evidentemente são menos onerosos. Ocorre que os direitos sociais, por demandarem uma prestação positiva, requerem também um maior dispêndio de recursos para sua concretização. Porém os recursos são finitos e sabe-se que não é possível sua utilização de forma irresponsável, ou seja, que comprometa a subsistência do próprio Estado e a consecução do bem comum. A atuação da Administração está vinculada ao binômio necessidade-possibilidade.

É inegável a importância que possuem os recursos quando se fala no agir do Poder Público. Este, em suas ações, encontra duas grandes barreiras: o Direito, representado pelas leis e garantias constitucionais; e as Finanças, representadas pelo binômio arrecadação-gastos. No seu agir, deve o Estado observar estes dois parâmetros. Da não observância do primeiro decorre a nulidade da ilegalidade e, do segundo parâmetro, decorre a falência do Estado, a inflação, a recessão econômica, dentre outras consequências não menos gravosas. Daí que se extrai a importância da pesquisa realizada. Uma análise sobre a materialização destes direitos, que exigem uma atitude positiva da Administração, com a possibilidade de sua implementação.

Dessa forma, no decorrer deste trabalho monográfico, procura-se responder a determinados questionamentos, tais como: Qual a contribuição da Constituição de 1988 na concretização dos direitos sociais? Qual o papel do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) na efetiva implementação dos direitos sociais? Como administrar o problema necessidade-possibilidade dos direitos sociais?

Tem-se então que o objetivo geral deste trabalho é analisar a concretização dos direitos sociais sob a ótica do princípio da reserva do possível. Os objetivos específicos são demonstrar a importância da Constituição na efetivação dos direitos sociais; abordar e comentar a participação de cada Poder e sua parcela de contribuição na implementação dos direitos sociais; examinar os meios a serem utilizados na solução da questão necessidade-possibilidade.

Em relação aos aspectos metodológicos, no que tange à tipologia da pesquisa, as hipóteses do trabalho monográfico foram investigadas mediante pesquisa bibliográfica, buscando explicar o problema através da análise da literatura já publicada em forma de livros,

revistas, publicações avulsas e imprensa escrita, que envolva o tema em estudo. Quanto a utilização dos resultados, é pura, tendo por finalidade aumentar o conhecimento do pesquisador para uma nova tomada de posição. Quanto à abordagem, a pesquisa é qualitativa, com uma maior preocupação em aprofundar a compreensão das ações e relações humanas, sem critério estatístico. Quanto aos objetivos, caracteriza-se como descritiva e exploratória, haja vista que se procura, primeiramente, descrever o objeto de estudo, entendendo-o, para, posteriormente, explorar sua temática, sem, contudo, procurar explicar o porquê de sua ocorrência.

No primeiro capítulo, apresenta-se a relação entre a Constituição e a implementação dos direitos sociais, abordando sua classificação quanto à eficácia, o tratamento diferenciado dado por nossa Constituição aos direitos fundamentais, bem como os princípios relativos à interpretação destas normas constitucionais.

No segundo capítulo, trata-se da atuação estatal na efetivação dos direitos prestacionais. Assim, foi vista a participação do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário no sistema de concretização dos direitos sociais. Visto assim a questão da execução das políticas públicas, das omissões inconstitucionais, bem como a efetivação judicial das políticas públicas.

No terceiro capítulo, trata-se acerca de alguns aspectos relativos à implementação dos direitos fundamentais de segunda geração. Aborda-se sob dois aspectos a efetivação, sob o ponto de vista político e financeiro.

O ponto principal desse trabalho é, pois, trazer à baila alguns pontos relativos a discussão acerca da implementação dos direitos sociais relacionados com a possibilidade financeira.

# 1 A CONSTITUIÇÃO E A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Quando se trata de direitos fundamentais, é impossível discutir sua implementação, eficácia ou mesmo meios para sua concretização sem abordar a Constituição. Até porque, segundo a definição de direitos fundamentais de George Marmelstein (2008), estes são as normas que limitam o poder do Estado tendo em vista a proteção da dignidade da pessoa humana positivados no âmbito constitucional.

O advento de uma nova Constituição representa o início de uma nova era dentro do ordenamento jurídico de um país, rompendo com o sistema antigo e introduzindo um novo sistema jurídico. Nesse novo, que pode ser comparado a uma folha em branco, serão desenhadas as linhas gerais do Estado, bem como outros assuntos que, apesar de não serem materialmente constitucionais, devido à importância atribuída a eles se fez pertinente colocá-los sob a categoria de normas constitucionais. Por ser totalmente novo e não ter vínculos com o passado, pode o novo ordenamento criar e atribuir proteção especial a certas categorias de direitos. Nessa linha de pensamento vê-se que é na Constituição que se encontram os direitos sociais e a sua proteção.

Apesar de as constituições prolixas serem uma tendência moderna, não podem, as mesmas, apesar de se dedicarem a um regramento mais detalhado, esgotar determinado assunto, trazendo em seu bojo toda a normatização necessária para seu gozo. Em alguns casos, mostram-se bem detalhadas, e em outros, o que se verifica é apenas a sua anunciação. A Constituição delega a execução e complementação normativa relativa a certas categorias de direitos nela enunciados às normas infraconstitucionais.

Abordando os direitos fundamentais, mais precisamente os direitos sociais, sente-se a necessidade de delimitar o alcance destas normas, de definir sua natureza, seja para melhor compreender, seja para possibilitar sua efetiva concretização resolvendo problemas pontuais quanto à eficácia.

## **1.1 classificação das normas constitucionais quanto a eficácia**

Ao se trabalhar com a norma no caso concreto, necessita-se delimitar a eficácia e o alcance. É necessária esta classificação tendo em vista que, dependendo do grau de vinculabilidade atribuído a cada norma, pode-se depreender diversas conclusões acerca de

alguns questionamentos. Por exemplo, se estas normas gerariam direitos subjetivos para os seus destinatários, e se podem ser aplicadas diretamente às situações por elas reguladas.

Por eficácia entende-se a capacidade que determinada norma tem de produzir efeitos, ou seja, de ser capaz por si só de regular determinada situação. A doutrina americana as dividia apenas em normas de natureza *self-executing*, auto-executáveis, e *not self-executing*, não auto-executáveis, assim, aquelas são normas que possuem plenos poderes para regular as situações a que se propõem, diferente destas que necessitam de complementação para sua normal fruição. Com o passar dos tempos e com o amadurecimento da doutrina constitucional, essa classificação foi sendo pormenorizada, surgindo classificações quanto ao grau de eficácia que as normas contêm. É possível classificá-las de forma graduada em níveis que variam desde a desnecessidade de complementação normativa até as normas que se apresentam apenas como programas, as quais necessitam de um grande complemento normativo para que se tornem plenamente aplicáveis.

As classificações existentes divergem pouco entre si. São basicamente iguais em sua essência. Nesta pesquisa, utiliza-se a classificação tradicional de José Afonso da Silva (2003), que divide as normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada.

Segundo o referido autor, as normas de eficácia plena são aquelas em que o seu enunciado é bastante claro e não necessita de nenhum complemento normativo para que seja possível sua aplicação direta a determinada situação, pois já possuem comandos suficientes para ser aplicadas aos casos que regulam. Nas palavras de José Afonso da Silva (2003, p.99) as normas de eficácia plena apresentam-se

Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz.

As normas de eficácia contida são normas que, em uma primeira análise, apresentam-se como de eficácia plena, ou seja, regulam inteiramente a situação apresentada, mas que possuem em seu texto ferramenta que possibilita a diminuição de sua eficácia. Permitem ao legislador infraconstitucional que seja limitada a sua eficácia. Esta limitação não necessariamente é advinda de uma lei, pode ser limitada através do uso da discricionariedade do aplicador quando a norma se reporta a conceitos vagos como ordem pública, segurança nacional, integridade nacional, bons costumes, etc.

Cabe ressaltar aqui que o que legitima a redução da eficácia da norma não é a existência da cláusula de redutibilidade mas sim a razoabilidade intrínseca a redução. Isto é o que se pode extrair de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal. Em duas oportunidades se manifestou a Corte acerca de normas infra constitucionais que de alguma forma limitavam o alcance de normas constitucionais. O primeiro foi no julgamento da ADIN 1.538-7 ocorrido em 24 de abril de 2003 onde o que se discutia era se a faculdade conferida à parte pelo art. 9º da lei 9.099 feriria o art. 133 da Constituição. No seu voto o Min. Maurício Corrêa:

Verifica-se, assim, **a explícita razoabilidade da norma**, pois admitiu que o cidadão pudesse, pessoalmente, acionar a jurisdição cível nas causas de pequeno valor, sem maiores complicações e transtornos, o que justifica, em nome desse princípio, a dispensa da presença do advogado.

[...]

A lei estabeleceu, de forma legítima e com total pertinência, exceção ao postulado da imprescindibilidade do advogado para a administração da justiça, aliás, conforme autoriza a parte final do próprio artigo 133 da carta federal.

Apesar de segundo o STF a norma ser de eficácia contida e possuir expressa previsão da cláusula de redutibilidade o ponto central não foi a existência ou não da mesma, mas sim se a exceção trazida pela norma infraconstitucional era ou não razoável e se esta se compatibilizava com outros preceitos constitucionais. Portanto ainda que não tivesse a previsão de limitação no corpo da norma esta poderia ser restringida seguindo os ditames de um princípio constitucional que é o princípio da razoabilidade.

O outro caso é o do julgamento do HC 70.814-5 onde o paciente, preso, alegava ter sido utilizada prova ilícita na sua condenação que na verdade era um carta do mesmo a um outro condenado que cumpria pena em regime aberto interceptada pelo diretor do presídio. Entendeu o STF que apesar de ser garantida pela constituição a inviolabilidade das correspondências este direito não pode ser tomado de maneira absoluta e em uma ponderação feita foi autorizada a redução da garantia oferecida pela norma em prol de outros princípios que são o da segurança pública e o da preservação da ordem jurídica. Portanto vê-se que apesar de a única ressalva feita no art. 5º, XII da CF ser no tocante à interceptação telefônica mediante ordem judicial entendeu-se possível a restrição à garantia da inviolabilidade mesmo não havendo cláusula de redutibilidade. Confirmando desta forma, de maneira reflexa, a norma presente no art. 41, parágrafo único da Lei de Execuções Penais, que é uma exceção válida a norma constitucional fundada na razoabilidade intrínseca da norma.

Por fim, há as normas de eficácia limitada que para que atinjam a eficácia plena necessitam de um complemento normativo, em outras palavras, elas apenas enunciam uma direção ou uma ideia que será desenvolvida e especializada em uma legislação infraconstitucional. As normas de eficácia limitada subdividem-se em normas de princípio institutivo e normas programáticas. As normas definidoras de princípio institutivo são “[...] aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.”(SILVA, 2003, p.126).

As normas definidoras de princípio institutivo ainda podem ser divididas em impositivas ou facultativas, dependendo do comando disposto na norma. As impositivas exigem do legislador ordinário a produção do complemento normativo, através de comandos como: a lei regulará, lei complementar disporá, etc. As facultativas apenas apresentam a possibilidade ao legislador infraconstitucional de complementação através de comandos como: poderá a lei regular, lei complementar poderá regular, etc. Interessante caso que se apresenta mais nitidamente com as normas definidoras de princípio institutivo, e que é extensível a todas as normas de eficácia limitada, é saber se tais disposições gerariam um direito subjetivo à legislação, haja vista a expectativa em torno da sua total regulamentação? Questionamento que é oportunamente tratado no segundo capítulo deste trabalho. Outra divisão das normas de eficácia limitada são as normas programáticas, aquelas que se apresentam como programas de ação do governo. Pode-se chamá-las de um roteiro que será seguido pelo Estado. Possuem cunho eminentemente social. Nas palavras de Meirelles (apud SILVA, 2003, p.138 ) são :

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

Na sua essência, os direitos sociais têm por objetivo promover a igualdade entre os indivíduos, assim, nas palavras de José Afonso da Silva (2003, p. 289-290):

[...] os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Para que seja realizada a igualdade proposta pelos direitos sociais, é necessário que o Estado atue positivamente. Já é superada a ideia de total ausência do Estado. Para a satisfação do indivíduo na condição de homem é preciso atitudes e ações do Estado na tentativa de equilibrar a balança e proporcionar a todos meios e condições de uma existência digna. Será através da discriminação positiva que será alcançado este fim. E nesse contexto de atuação positiva é que as normas programáticas têm grande importância, já que demandam esta atuação do Estado no cumprimento de seus programas e fins sociais por ela erigidos. Representam os fins e objetivos a serem atingidos. Apesar de alguns doutrinadores não atribuírem valor jurídico às normas programáticas, estas não se apresentam como meras sugestões ao Poder Público. Mesmo não possuindo prazo para sua execução ou sanção pelo seu não-cumprimento, estas normas vinculam e balizam a atuação deste, possuindo dupla eficácia, revogando as disposições que com elas sejam incompatíveis e somente permitindo a entrada de nova legislação em consonância com seus ditames.

Definidos os contornos classificatórios acerca da eficácia das normas constitucionais, percebe-se, com relação aos direitos sociais, que estes, em sua maioria apresentam-se na forma de normas de eficácia limitada, assim sendo, necessitam de um *plus* normativo para que tenham possibilidade de exercício. O que é um grande óbice aos nobres fins constitucionais, já que enquanto não for editado o complemento normativo exigido é impossível o seu exercício, daí alguns doutrinadores afirmarem serem as normas de eficácia limitada, as programáticas, destituídas de eficácia. Seguem-se os seguintes questionamentos: será que não é possível a constrição do legislador a legislar? E do Executivo a pôr em prática os programas erigidos como fins do Estado em nossa Carta Magna? Seria nossa Constituição, que tratou em alguns pontos de salvaguardar e defender os direitos fundamentais tão bem, omissa neste ponto?

Tais questionamentos são oportunamente respondidos no segundo capítulo, mas o que se pode adiantar é que nossa Constituição tem como princípio expresso no art. 2º a separação de poderes. Assim, um poder não poderia invadir a seara de atribuições típicas do outro, mas tal princípio não pode ser alegado para burlar ou mesmo frustrar o exercício dos direitos fundamentais. É necessário reinterpretá-lo para que se adéque ao sistema constitucional de proteção aos direitos e garantias fundamentais. Quem seria o responsável por esta constrição? O Judiciário? A Sociedade? Para que se responda a tais indagações deve-se saber se assiste ou não ao cidadão um direito subjetivo a legislação e à atuação executiva. Será visto no decorrer do trabalho que os direitos fundamentais devem sempre estar em posição de supremacia em

nosso ordenamento jurídico e como tal nenhuma norma pode embaraçar-lhes o exercício. Obviamente existem exceções.

Em todas as classificações existentes quanto à eficácia, todas possuem um ponto em comum. Não existem normas constitucionais destituídas de eficácia. Quando lhe classificam segundo a eficácia, apenas se limitam a dividi-las, como afirma Dirley da Cunha (2008), em normas de eficácia “forte” e normas de eficácia “fraca”, mas todas contêm um mínimo de eficácia. Já que todas possuem eficácia estão aptas a produzir efeitos. Assim, as mesmas não se apresentam como conselhos ou sugestões, que podem ou não ser seguidos, mas, sim, como normas imperativas que exigem seu cumprimento, sendo um grande passo que deu a doutrina ao estabelecer este ponto, que parece simples, mas é de grande importância. Tendo grande relevância prática, pois todas as normas constitucionais podem e devem ser aplicadas aos casos concretos a que se destinam independentemente de estarem ou não complementadas. Como todas são dotadas de eficácia, são de observância obrigatória.

Esta conclusão é capaz de fundamentar uma futura intervenção judicial em defesa dos direitos e garantias fundamentais, já que o Judiciário, por possuir a função de jurisdição, deve aplicá-las ao caso concreto, pois são dotadas de eficácia ainda que de maneira mínima. Além do mais, esta linha de raciocínio é capaz de mitigar aquela ideia de que a intervenção judicial em favor da efetivação dos direitos fundamentais representa uma violação ao princípio da separação dos poderes. Se são dotadas de eficácia, então não há lugar para discricionariedade no tocante à obrigatoriedade de executar e legislar, mas apenas no seu conteúdo, ressalte-se que, em alguns casos, a Constituição especifica o conteúdo da norma e o momento para sua realização.

## **1.2 Os direitos sociais na Constituição de 1988**

A Constituição de 88 foi um grande avanço no constitucionalismo brasileiro. Preocupou-se de maneira especial com os direitos fundamentais tanto na sua forma generosa de apresentação quanto na sua defesa. Defesa tanto do indivíduo, perante o Estado, quanto da própria Constituição, em face do poder constituinte derivado. Nosso constituinte, muito sabiamente, instituiu diversos mecanismos para guardar os direitos fundamentais do arbítrio dos que exercem o poder como, por exemplo, o Mandado de Segurança, *Habeas Corpus*, Mandado de Injunção, Ação Popular, etc. Ademais os direitos fundamentais em nossa Constituição são de aplicabilidade imediata e direta, sua enumeração é aberta, são cláusulas pétreas e estão em posição de supremacia em nosso sistema constitucional.

Por força do art 5º, § 1º, de nossa Constituição os direitos fundamentais são de aplicação direta e imediata. Atentando-se bem para este dispositivo, percebe-se que os direitos fundamentais, em qualquer situação que demande sua apresentação, possuem aplicação imediata e direta, ou seja, mesmo que para o seu exercício seja necessária uma legislação, uma complementação normativa, deve-se dar a eles a máxima força possível. Com relação às normas de eficácia limitada, este dispositivo tem grande importância, pois, em virtude de dependerem de uma legislação futura, tendo sido inclusive considerados como destituídos de eficácia devido a isto, devem ser aplicados ao caso concreto. Mesmo não sobrevindo a integração normativa necessária, são passíveis de aplicação direta e imediata.

Nas palavras de Marmelstein (2008, p.293) “[...] não haveria sentido em condicionar a aplicação de determinado direito fundamental a uma futura e incerta regulamentação legislativa.”. Seria o mesmo que lhes retirar a força. Relegar a aplicação dos direitos fundamentais apenas a eventual e incerta legislação seria praticamente esvaziá-los de força cogente. Em virtude de eventuais abusos, resguardou nossa Constituição os direitos fundamentais com a cláusula de aplicação direta e imediata. “Assim, por força da cláusula de aplicação direta e imediata, o direito fundamental tem a capacidade de produzir efeitos mesmo que não esteja regulamentado pelo legislador infraconstitucional.”(MARMELSTEIN, 2008, p.294).

Para o citado autor se, em virtude de ausência de regulamentação o exercício e a aplicação de qualquer direito fundamental estão sendo frustrados, cabe ao Judiciário, na análise do caso concreto, dar a solução cabível. Assim, pode e deve o juiz, na aplicação dos direitos fundamentais, diante das situações que se lhe apresentem durante o exercício da função jurisdicional, adotar as providências necessárias para que seja possível o seu pleno gozo, podendo, inclusive, os juízes irem de encontro às disposições infraconstitucionais, pois estão fundados em norma superior, a Constituição. Além do mais, no modelo jurídico brasileiro, a lei deve girar em torno dos direitos fundamentais e não o contrário.

Não é preciso que determinada lei venha garantir força aos direitos fundamentais, pois eles, somente pelo simples fato de estarem insertos no texto constitucional, já se fazem supremos a todas as demais normas e devem, sim, ser aplicados aos casos concretos pelos juízes enquanto não lhe seja dado o complemento normativo necessário. Logo, quando a Constituição deixou ao legislador infraconstitucional a tarefa de integração normativa, não foi para que o este dispusesse da maneira que bem entendesse. Pelo fato de não haver prazo para a elaboração da norma, não pode o mesmo achar que está situado na zona da

discricionarieidade extrema, frustrando justas expectativas da população com a sua inércia inconstitucional. Foi apenas porque naquele momento não se lhe era possível e nem conveniente sua completa regulamentação no próprio texto constitucional.

Atentando-se mais precisamente para o lado dos direitos sociais nossa Constituição não os reuniu sob a égide do Capítulo II, dentro do Título I, denominado Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Pode-se encontrar direitos sociais espalhados pelo texto constitucional, o que não se apresenta como grande problema, pois, independente do seu posicionamento constitucional, são direitos fundamentais e gozam da mesma prerrogativa. Entendimento também corroborado por Marmelstein (2008, p.294):

Vale ressaltar que os direitos fundamentais são favorecidos pela cláusula de aplicação imediata, já que o dispositivo constitucional não faz qualquer exclusão. Trata-se, portanto, de um princípio geral que se aplica a todos os direitos fundamentais indistintamente, apesar de estar no art. 5º da Constituição Federal brasileira.

Em nossa Constituição, em virtude do art. 5º, § 2, os direitos fundamentais estão sujeitos à cláusula de abertura. Assim, no texto da norma “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 1988). Em decorrência desta regra, pode-se encontrar os direitos fundamentais seguindo por três caminhos. Os direitos expressos no Título II, Capítulos I ao V; direitos fundamentais, decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição e finalmente, aqueles oriundos de tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

As normas contidas no Título II são direitos fundamentais por expressa decisão do constituinte, porém se pode achar, dentro do texto constitucional, diversas outras normas que são direitos fundamentais na sua essência, pois são destinados, à limitação de poder e à realização da dignidade da pessoa humana, mas que não se encontram agrupados no Título II. Pode-se pensar que, por não virem inseridos sob o título dos Direitos e Garantias Fundamentais não o seriam. Porém pensar desta forma seria um tanto limitado e além do mais o título é meramente exemplificativo, já que a classificação seria objetiva e não subjetiva.

Se apenas fossem direitos fundamentais aqueles contidos no Título II, seria desnecessária uma definição de direitos fundamentais, pois seria uma tarefa mecânica e silogística. Norma “X” pertence ao título “Direitos e Garantias Fundamentais”, se sim, então é direito fundamental, se não, não é. Em decorrência da cláusula de abertura, pode-se garantir

proteção e *status* de direito fundamental a qualquer norma que, materialmente, apresenta-se como direito fundamental dentro do texto constitucional.

Levando tal conhecimento para o lado dos direitos de segunda dimensão, isto se mostra de fundamental importância, pois somente estão sob o título dos direitos e garantias fundamentais as normas relativas ao direito dos trabalhadores, apesar de, no art. 6º da Constituição, ser mencionado que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”. Somente se preocupou o constituinte no Capítulo II, Dos direitos Sociais, com a parte relativa ao trabalho, já que em seus seis artigos, cinco tratam sobre os direitos dos trabalhadores. Se não fosse a cláusula de abertura, deveria se considerar o Título VIII como não integrando os direitos fundamentais.

A terceira face da regra de abertura é com relação aos tratados internacionais. Assim, os tratados que versem sobre direitos humanos, em que o Brasil seja signatário, são considerados como direitos fundamentais. Segundo entendimento do STF, os tratados internacionais quando incorporados ao ordenamento jurídico, teriam força de lei ordinária federal conforme julgado na ADI 1480 MC/ DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello julgada em 04/09/1997, tendo sido reiterado a posição em outras oportunidades. Dessa forma os tratados, nos quais o Brasil é parte, teriam força de lei ordinária. Após a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a chamada Reforma do Judiciário, foi incluído o parágrafo terceiro ao art. 5º de nossa Constituição, que facultou ao Poder Legislativo, quando na votação do tratado, incorporá-lo com *status* de Emenda à Constituição, bastando que sejam observada as formalidades exigidas para a aprovação de uma Emenda à Constituição, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por no mínimo três quintos dos respectivos membros. Nesse esteio percebe-se que o legislador pode conferir ao Tratado de Direitos Humanos força de Emenda à Constituição ou *status* Infraconstitucional.

É importante salientar aqui os ensinamentos de Valério Mazzuoli. Pelo fato de se ter adotado a tese da supralegalidade as normas infraconstitucionais devem passar por uma dupla filtragem vertical. A primeira diz respeito à compatibilidade com a Constituição e a segunda se faz com relação aos tratados e convenções relativos a Direitos Humanos. Pioneiro neste assunto Mazzuoli (2008, p. 201-241) em sua tese de doutorado defende que com relação aos tratados e convenções que versem sobre matéria de Direitos humanos para garantir-lhes a

força normativa poderá ser feito o controle de convencionalidade das leis infraconstitucionais que com ele venham a colidir.

O controle de convencionalidade se divide em difuso e concentrado, de maneira análoga ao controle de constitucionalidade. Para os tratados que forem aprovados com o quórum qualificado defende o autor que estes podem ter sua supremacia garantida pela via concentrada utilizando-se das ações que versam sobre o controle de constitucionalidade como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade e até mesmo a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental diretamente no Supremo Tribunal Federal além servirem também de paradigma para o controle difuso, realizado por qualquer juiz ou tribunal. Já para aqueles tratados que não forem internalizados com o quórum especial ou que foram aprovados antes da emenda à Constituição n° 45 somente poderão ser defendidos pela via difusa, pois falta-lhes o atributo garantido pelo art 5<sup>a</sup>, §3° da Constituição de serem equiparados a emendas.

Com a inovação Constitucional, surgiram também questionamentos. Como por exemplo, que *status* teriam os Tratado de Direitos Humanos anteriores à EC 45? Para responder tal questionamento, Marmelstein (2008) apresenta as duas correntes de pensamento encabeçadas por Gilmar Mendes e Flavia Piovesan, respectivamente. Para Gilmar Mendes, em voto proferido no RE 466.343-1 SP, os tratados incorporados antes da Emenda 45 não podem ter força de normas constitucionais, pois não foram submetidos ao processo legislativo especial de aprovação, mas, devido à grande importância dos direitos humanos estes teriam força supralegal impedindo a aplicação de qualquer lei com eles incompatível, mas não seriam equivalentes às normas constitucionais. Já segundo o entendimento defendido por Flavia Piovesan, em seu livro Direitos humanos e o direito constitucional internacional, e Celso de Melo, em voto no HC 87.585/TO, os tratados anteriores à EC 45 teriam automaticamente *status* de Emenda à Constituição.

Em ambos os posicionamentos, observa-se que os direitos fundamentais estarão em um patamar elevado dentro do ordenamento jurídico, pois terão supremacia perante a legislação infraconstitucional. Porém, da possibilidade de o tratado ser incorporado como lei ordinária, com *status* supralegal ou como emenda constitucional, depreendem-se alguns questionamentos: Que importância prática teria essa diferença? Um tratado que fosse incorporado ao nosso ordenamento como lei ordinária seria um direito fundamental? Gozaria dos mesmos privilégios dos direitos fundamentais? Revogaria a legislação contrária?

Saber se determinado tratado foi recepcionado com força de Emenda ou com *status* infraconstitucional é a base para que se responda aos demais questionamentos. Sendo este recebido com força de Emenda faz o mesmo parte do bloco constitucional, gozando assim das mesmas prerrogativas inerentes aos direitos fundamentais, como ser cláusula pétrea, ser supremo dentro do sistema constitucional, e as outras características atribuídas aos mesmos, além de, pelo fato de ser norma constitucional, revogar toda legislação em contrário.

Faz-se necessário neste ponto tecer uma breve explanação acerca do conceito de bloco de constitucionalidade. Conforme Canotilho (1998, p. 811-812) se faz importante identificar o que se entende como Constituição para que a partir deste conceito se identifique o parâmetro de controle da legislação infraconstitucional:

Mas qual é o escalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos na constituição (ou entre as leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global. Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo espírito ou pelos valores que informam a ordem constitucional global

O referido conceito funda-se em entender a Constituição como algo além de sua perspectiva formal e incluir também os princípios implícitos e conforme o art. 5º, §3º também os tratados relativos a Direitos Humanos aprovados com quórum de emenda constitucional. Portanto pode-se dizer que formam um todo compacto e de mesma força que servirão como fundamento de validade para toda a produção infraconstitucional as normas constitucionais positivadas, incluídas aqui as originárias e as decorrentes do poder constituinte derivado, os princípios implícitos e os tratados e convenções aprovados com o quórum qualificado. Em algumas oportunidades o STF se manifestou no sentido de garantir força constitucional aos princípios implícitos na Constituição decretando a nulidade das normas conflitantes com os mesmos reconhecendo, desta forma, a existência do bloco de constitucionalidade.

Garantir aos tratados aprovados com o quórum especial as mesmas prerrogativas de norma constitucional se mostra um raciocínio simples haja vista a clareza do art. 5º, §3º. Mas se este é recebido com *status* de norma infraconstitucional, não poderia ser considerado direito fundamental, falando-se de maneira formal, mas seria materialmente, e deve gozar das mesmas prerrogativas inerentes aos direitos fundamentais positivados na Constituição, já que o que se pretende é garantir a melhor proteção ao cidadão independente de o direito humano em que se funda estar elencado na Constituição ou não.

O que se deve ter em mente é que o fim do Estado é o ser humano e este deve ser sempre protegido e salvaguardado. Ademais o art. 5º, §2º, nos traz a ideia de que, independente de serem EC ou não, fazem parte do sistema de direitos fundamentais todos os tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte, sendo este o único requisito. Devido à interpretação destes dispositivos, conclui-se que os tratados, mesmo que não aprovados como quórum de Emenda, gozam das mesmas garantias dos direitos fundamentais.

Instituiu nossa Constituição, em seu art. 60º, § 4º, as limitações materiais ao poder de reforma da Constituição, mais conhecidas como cláusulas pétreas. São limitações voltadas ao poder constituinte derivado, para que este, sob a prerrogativa de atualização da Constituição, não acabe por ceder às pressões das forças sociais e deturpe ideais eleitos pela constituinte, abusando do poder de reforma. Pertinente ao tema tratado, toma-se apenas o inciso IV, que trata dos direitos e garantias individuais. Em uma interpretação literal deste artigo, pode-se entender que não é possível que exista tramitação de projeto de emenda à Constituição com o intuito de abolir, retirar da Constituição, os direitos e garantias individuais, ou seja, aqueles insertos no art. 5º.

Cabe ressaltar aqui o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento de três ações diretas de inconstitucionalidade, deu a seguinte interpretação a este dispositivo, de que a expressão “direitos e garantias individuais” não se limita apenas ao art. 5º, mas deve ser lida como direitos e garantias fundamentais, assim, não só o art. 5º, mas todos os direitos fundamentais do Título II, e em virtude da cláusula de abertura, todos os demais direitos fundamentais dispersos no texto constitucional, inclusive os tratados que versem sobre direitos humanos, gozam da prerrogativa de ser cláusulas pétreas. Na ADIn 3685/DF, em que se discutia acerca da EC nº 56/2006, violar a proibição contida no art. 16 da Constituição, já que se pretendia aplicá-la na eleição que ocorreria em 2006. No julgamento, entendeu o STF que o art. 16 era uma garantia fundamental e que nem mesmo o constituinte derivado poderia

desrespeitá-lo, assim, ficou reconhecido que o art. 16 estaria protegido pela regra do art. 60, §4º, IV, sendo também cláusula pétrea. Conforme decisão:

[...] Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, §2º, e 60, §4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput,) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV)[...] (ADIN 3685/DF)

No julgamento da ADIn 939-7/DF, decidiu o STF que o princípio da anterioridade tributária gozaria da mesma proteção, ou seja, seria também uma cláusula pétrea mesmo estando fora do Título II. E no julgamento da ADIn 1.946/DF, reconheceu o STF que a norma insculpida no art. 7º, inciso XVIII, a qual garante à gestante direito à licença remunerada de 120 dias, estaria também protegida pela cláusula contida no art. 6º, §4º, IV. Percebe-se que, apesar de não ser dito pelo STF expressamente que todos os direitos fundamentais são cláusulas pétreas, já se pode deduzir que a regra da “eternidade”, segundo o entendimento de nosso tribunal constitucional, deve ser estendida aos demais direitos fundamentais, independente de sua posição no texto constitucional.

Com o advento de nossa Constituição atual, a qual deu lugar de destaque aos direitos e garantias fundamentais, é possível se falar em supremacia dos direitos fundamentais. Pode-se dizer que, dentro do ordenamento jurídico, estes se situam no plano mais alto. Representam um sistema de valores que norteará todo o ordenamento jurídico e a sua conseqüente interpretação. Virtude esta decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. “A dimensão objetiva dos direitos fundamentais nada mais é do que a capacidade que esses direitos possuem de se irradiar pelos diversos ramos do ordenamento jurídico, como manifestação da ‘ordem de valores’ que eles representam”. (MARMELSTEIN, 2008, p.328).

Quando se fala em supremacia dos direitos fundamentais, esta se compõe de dois sentidos. Desse modo, tem-se a supremacia dos direitos e garantias fundamentais, no sentido formal e material. No sentido formal, essa supremacia se apresenta na medida em que os direitos e garantias fundamentais, devido sua própria definição, obrigatoriamente, são normas constitucionais, sendo assim, gozam do atributo que toda norma constitucional detém. São supremas em relação à legislação infraconstitucional. Assim, as normas constitucionais, devido ao atributo da supremacia da Constituição, são hierarquicamente superiores em relação a qualquer legislação infraconstitucional, já que todas buscam o seu fundamento de validade nesta e não se pode contrariá-la.

Porém, com relação aos direitos fundamentais, existe uma segunda face, qual seja, são supremos em sentido material. Dessa forma, possuem também supremacia devido ao seu conteúdo, que, por ser de fundamental importância, sobrepõem-se às demais normas. Além do que os direitos e garantias fundamentais constituem fundamento axiológico de todo o ordenamento jurídico, sendo que toda interpretação deve ser balizada pelos direitos fundamentais.

### **1.3 Princípios Constitucionais de Interpretação**

Como toda norma de direito, para sua aplicação, faz-se necessário o uso da interpretação. Ainda naquelas normas que não se exige mais que uma simples leitura, dada sua clareza, é preciso, por parte do leitor, um mínimo de interpretação, já que, para que se aplique determinada norma, deve-se primeiramente entendê-la e saber se ela realmente é aplicável a determinado fato. Hermenêutica e direitos fundamentais são assuntos que se conectam muito bem, uma vez que os direitos fundamentais representam um sistema de valores em virtude de seu alto grau principiológico.

Uma decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é que “[...] qualquer interpretação judicial deverá ser feita à luz dos direitos fundamentais, que se transformam no fundamento axiológico de todo o sistema normativo” (MARMELSTEIN, 2008, p.328). Assim, em toda a interpretação feita das normas dentro do ordenamento jurídico, quer sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, deve o intérprete verificar se elas se compatibilizam com os direitos fundamentais, conforme afirma Daniel Sarmiento (apud MARMELSTEIN, 2008, p.329): “todos os ramos do Direito, com suas normas e conceitos, devem sujeitar-se a uma verdadeira ‘filtragem’ constitucional, para que se conformem à tábua axiológica dos direitos fundamentais”.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, faz com que estes deixem de ser normas estanques e fluam por todo o ordenamento jurídico, norteando a interpretação e a aplicação do direito não só pelos operadores do direito, mas por todos da atividade pública, inclusive os particulares, em virtude da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, nas palavras de George Marmelstein (2008, p. 328) “ A dimensão objetiva dos direitos fundamentais nada mais é que a capacidade que esses direitos possuem de se irradiar pelos

diversos ramos do ordenamento jurídico, como manifestação da ‘ordem de valores’ que eles representam.”

Identificam-se a seguir os princípios que norteiam a atividade interpretativa constitucional, mas precisamente abordando os direitos fundamentais. Assim, pode-se elencar alguns princípios, como a supremacia da Constituição, unidade da Constituição, interpretação conforme a Constituição, máxima efetividade, concordância prática e proporcionalidade, proteção ao núcleo essencial e a proibição de abuso dos direitos fundamentais, conforme salienta George Marmelstein (2009, p.365).

Como consequência lógica de uma Constituição rígida, apresenta-se a supremacia da Constituição, na qual, dentro do ordenamento jurídico, no patamar mais elevado, encontram-se as normas constitucionais. Assim, no embate entre qualquer regra normativa e a Constituição, esta por se situar no ponto máximo do ordenamento jurídico e por ser fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico deverá ser suprema e prevalecerá sobre qualquer elemento normativo que com ela colida.

Em virtude da supremacia da Constituição, é que decorrem os meios de controle de constitucionalidade das leis, já que, em um ordenamento jurídico fundado em uma Constituição rígida, não é admissível que nada a contrarie. Como os direitos fundamentais são normas constitucionais, instantaneamente, já se é possível depreender que estes, somente pelo fato de serem normas constitucionais, gozam do atributo de supremacia perante as demais normas no ordenamento jurídico.

Mas se deve ir além com relação aos direitos e garantias fundamentais, pois eles gozam de supremacia formal e material. Formal por serem normas constitucionais e material devido à supremacia dos direitos fundamentais, já vista no item 1.2. Assim, acima da supremacia da Constituição, existiria a supremacia dos direitos fundamentais. Imaginando-se uma hierarquia de normas constitucionais, pois esta não existe devido ao princípio da unidade da Constituição, os direitos e garantias fundamentais ocupariam o ponto máximo no ordenamento constitucional.

Apesar de, para facilitar a explicação da supremacia dos direitos fundamentais, se imaginar uma hierarquia entre as normas constitucionais, esta não pode existir. Em virtude do princípio da unidade da Constituição, não existe escalonamento entre normas constitucionais, pois a Constituição é una e deve ser entendida como um conjunto único e sem diferença. Desse modo, entre as normas constitucionais originárias e as derivadas, regularmente

elaboradas, não existe nenhuma diferença jurídica. Exceto o fato de, apesar de serem todas de igual valor, não é possível a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias somente das normas constitucionais derivadas.

Vale lembrar aqui o trabalho de Thaís Bandeira Oliveira Passos e Vanessa Vieira Pessanha em comentários a obra de Otto Bachof, Normas constitucionais inconstitucionais, explicitam que a mesma se funda em duas premissas que são a legalidade e a legitimidade. A legalidade teria relação com a adoção de procedimentos formais de criação das normas, já a legitimidade pode ser “entendida como vontade do povo, confundir-se-ia com o direito supralegal, que, para ele, é aquilo que todos anseiam, por sua relação com os princípios éticos, morais e humanísticos norteadores da sociedade e de uma ordem constitucional.”(PASSOS, 2011). Portanto na criação de uma nova Constituição não se é possível falar em ilegalidade mas apenas em ilegitimidade. Para Bachof seria possível a existência de uma norma constitucional inconstitucional caso esta violasse o direito supralegal padecendo portanto de ilegitimidade. Acerca da possibilidade de aplicação da teoria de Bachof ao Direito brasileiro as autoras entendem que:

A teoria de Otto Bachof toma como pressuposto a existência de um direito supralegal e a hierarquia entre as normas constitucionais. No que tange ao direito supralegal, o entendimento é pela não existência do mesmo, acreditando, inclusive, que não há limitação ao Poder Constituinte originário. Este Poder configura-se como poder de fato e não de direito, sendo autônomo, pois não existe outro antes nem acima dele, e incondicionado, pois não se subordina a nenhum outro poder.

Concluem ainda :

Diante disso, a possibilidade de se identificar uma norma constitucional originária como inconstitucional (o que, vale ressaltar, sempre decorreria de um proceder interpretativo capaz de extrair do texto a norma) resultaria num inegável fenômeno gerador de insegurança jurídica. Isso porque o Poder Constituinte originário, ao invés de se configurar como poder de fato, autônomo e incondicionado, acabaria por se configurar como um poder legiferante “qualquer”, apenas exigindo-se para a sua flexibilização uma atividade hermenêutica calcada em outras normas constitucionais ditas de hierarquia superior ou, pior, em um dito direito supralegal.

Portanto a teoria de Bachof não teve guarida em nosso Direito por gerar uma extrema insegurança jurídica, por flexibilizar a força das normas constitucionais a tal ponto que a simples atividade interpretativa poderia afastar a incidência de norma válidas e cogentes. Entendimento corroborado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN 815-3 DF.

Deve-se ressaltar que há uma exceção a esta regra de que as normas derivadas do constituinte originário e do poder reformador teriam o mesmo valor, que é no caso de Emenda que viole cláusula pétrea. Assim, por serem os direitos e garantias fundamentais considerados cláusulas pétreas, proposta de Emenda que colida com os direitos fundamentais não será aceita. Mais uma vez constata-se a força atribuída aos direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico, destaque-se, mais uma vez, a supremacia dos direitos fundamentais. Pode-se concluir também, em decorrência da unidade da Constituição, que não existem antinomias reais, já que deve ser lido como uma peça única sem incoerências e através dos princípios constitucionais resolver as possíveis incompatibilidades entre as normas.

No caso de estar o intérprete diante de normas que compatibilizem diversos entendimentos, múltiplas interpretações, deve o mesmo aplicar aquela interpretação que se compatibiliza com a Constituição e somente se esta se apresentar em conformidade com os direitos fundamentais, já que eles formam a base axiológica de todo o ordenamento jurídico e gozam, como visto, de supremacia formal e material.

Toda a atividade hermenêutica deve estar voltada para que seja conferida às normas constitucionais a máxima efetividade. Deve estar o aplicador da norma sempre com a mente voltada para o caminho que lhe garanta a maior aplicação no caso específico. Desse modo, entre as várias formas de aplicação e interpretação da norma, deve o intérprete escolher a que se apresente de forma mais eficaz e garanta maior proteção aos direitos fundamentais.

Como decorrência corriqueira da aplicação das normas aos casos concretos ocorrem os conflitos de normas. Ou seja para a aplicação de determinada norma, existe outra conflitante, situação esta que possui uma nomenclatura própria a saber, antinomia. Conforme define Bobbio (1999, p. 86) antinomia é “aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento”. No entanto continua o referido autor ao elencar dois outros fatores que se mostram como pressupostos para a ocorrência de uma antinomia. O primeiro é o de que as normas conflitantes devem pertencer ao mesmo ordenamento jurídico, devendo ser possível extrair a ideia de que não são independentes entre si, mas que se encontram em relação de subordinação ou de coordenação.

O segundo pressuposto é o de que as normas em conflito devem ter o mesmo âmbito de validade. Este pode ser subdividido em quatro espécies: temporal, espacial, pessoal e material. De maneira *an passant* define-se a validade temporal quando a validade da norma assenta-se na ideia de tempo tendem a regular situações conflitantes no mesmo espaço

temporal, a validade espacial se dá com relação a ideia de local, quanto ao âmbito pessoal diz respeito a qualidade do destinatário da norma e por fim a material se perfaz com relação ao comando definido na norma.

Desta forma, para a resolução destes conflitos, utilizam-se os critérios da especialidade, hierarquia e o cronológico. “O critério cronológico, chamado também de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior.” (Bobbio, 1999, p.92) Representado pelo brocardo jurídico *lex posterior derogat priori*. “O critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*” (Bobbio 1999, p. 93). Por último temos o critério da especialidade que “é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e outra especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*” (Bobbio 1999, p. 95,96)

Mas o que fazer quando este conflito se dá entre normas constitucionais, que, em decorrência da unidade da Constituição, possuem a mesma força? E se este conflito se dá entre normas constitucionais que representam valores opostos? Obviamente, não é possível se resolver estes conflitos através dos critérios tradicionais. Deve-se, para tanto, utilizar da técnica da concordância prática ou harmonização. Assim, num conflito entre dois valores, deve o intérprete tentar harmonizar os valores em jogo, não podendo na tentativa de garantir um direito fundamental aniquilar outro de igual importância. Deve o intérprete “tentar dar a máxima efetividade ao direito fundamental, restringindo o mínimo possível o outro valor constitucional.” (MARMELSTEIN, 2008, p.387).

Deve-se ter cuidado, visto que a concordância prática deve ser utilizada com cautela pois a restrição, como bem salientou George Marmelstein, deve ser mínima, de uma forma que seja possível a compatibilização das normas em conflito, de maneira que ambos os direitos em colisão saiam privilegiados. Esta restrição deve ser proporcional. Para saber se esta restrição é proporcional deve-se primeiramente ver se é adequada, se atinge o fim a que foi proposta, se for estritamente exigível, deve ser a única saída para o caso concreto, não for em excesso e se é suficiente para proteger os direitos fundamentais. Esta restrição é discricionária, mas não de uma forma livre, pois, como exposto, tem que se levar em conta diversos fatores.

Nessa atividade restritiva aos direitos fundamentais, deve-se ter a precaução, ao mitigá-los, evitar que se chegue a esvaziar o conteúdo normativo, ferindo o núcleo essencial da norma, decorrência lógica do princípio da proporcionalidade. Cabe ao intérprete, na ação

de restrição, ter em mente a manutenção do conteúdo mínimo da norma. Àquele conteúdo de identidade da norma, sem o qual ela não passaria de letra morta já que não conseguiria atingir seu propósito.

A respeito do tema é interessante que se aprofunde um pouco devido a sua grande importância prática. Ana Maria D'Avila Lopes ressalta importância do conceito:

A natureza principiológica dos direitos fundamentais, que os caracteriza como semântica e estruturalmente abertos, exige, na maioria das vezes, sua concretização via normas infraconstitucionais. Nesse sentido, a garantia do conteúdo essencial foi criada para controlar a atividade do Poder Legislativo, visando evitar os possíveis excessos que possam ser cometidos no momento de regular os direitos fundamentais. (LOPES 2007,)

Assim como outros institutos em Direito Constitucional a sua previsão se dá em sede de construção doutrinária conforme afirma Gilmar Mendes é um pressuposto lógico de uma Constituição rígida. Sendo assim “é fácil ver que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas”. (MENDES, 1998, p.35)

Acerca do tema é possível se classificar em núcleo essencial subjetivo e núcleo essencial objetivo. Para a teoria objetiva por ser parte de um ordenamento jurídico como um todo é possível que se limite, para determinado caso concreto, a aplicação de certo direito fundamental, mesmo que totalmente, sem que isto implique em desrespeito ao núcleo essencial desde que este direito ainda continue vigente para as demais pessoas da coletividade.

Em contraponto a teoria objetiva a concepção subjetiva entende que o núcleo essencial deve ser auferido levando em conta o indivíduo como destinatário da norma e não a coletividade como um todo. Portanto para a referida teoria não é possível em nenhum caso ser restringido um direito fundamental de modo que para aquele indivíduo específico este direito perca a sua utilidade, conforme Canotilho, (1999).

A teoria subjetiva é que ganha maior prestígio na doutrina por ser também a que garante maior efetividade aos direitos fundamentais já que a adoção estrita da teoria objetiva poderia gerar exageros tais como, em virtude de uma ponderação, se chegar a privar determinado grupo de um direito sob o pretexto de apesar de ser garantido a uma outra parte da população a sua restrição ser válida.

A doutrina subdivide a teoria subjetiva em relativa e absoluta. Esta divisão se dá com relação à forma que ocorre esta proteção. Para a relativa a redução só seria legítima se fosse

para a satisfação de um direito ou um bem jurídico de maior importância e na medida necessária a sua realização. Portanto o núcleo essencial não é estático, mas dependerá da ponderação e dos valores envolvidos, sendo assim mutável.

Já para a teoria absoluta defende que existe um núcleo intangível e imutável que deverá sempre ser garantido independente dos valores em colisão e não poderá ser restringido pela técnica da ponderação, assim entende ALEXY, (2002). Para os adeptos desta teoria o direito possuiria um núcleo que o definiria e que pode ser chamado de o coração do direito que é aquela característica sem a qual ele deixaria de existir, ANDRADE, (2006).

Para Ana Isabel Modena e Alexandre Antonio Bruno da Silva comentando posicionamento de Ana Maria D'Avila Lopes:

Ana Maria D'Ávila Lopes apresenta relevante crítica à teoria absoluta do conteúdo essencial em relação à fragilidade com a qual ela trata o direito fundamental como um todo. Segundo ela, somente o núcleo essencial, arbitrariamente definido, merece ser considerado intangível, tudo que não fizer parte deste núcleo estará sujeito à atividade restritiva dos poderes constituídos, sem que para tanto estes necessitem fornecer argumentos de justificação racional.

Portanto no esteio de Ana Maria D'Avila Lopes somente pode ser considerado um núcleo intangível aquele designado *a priori* pelo legislador. Tudo que não se enquadrar neste núcleo já definido poderá ser objeto de redução e ponderação.

Apesar de toda a importância conferida aos direitos fundamentais, não podem servir de ferramenta para violar outros direitos e garantias igualmente importantes. Não se pode utilizar os direitos fundamentais para acobertar práticas ilícitas e condutas danosas. Princípio este denominado de “vedação ao abuso dos direitos fundamentais”, o qual está implícito em nosso ordenamento constitucional. Os direitos e garantias constitucionais não possuem caráter absoluto, não estão acima de tudo, não são invioláveis. Assim, como foi visto, utilizando-se da técnica da concordância prática, podem eles ser mitigados, e através da ponderação, chegar-se a um resultado justo.

## 2 ATUAÇÃO DO ESTADO NA CONSECUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Pode-se dizer que o Estado surgiu primeiramente como organizador da sociedade, seja qual for a teoria de surgimento originário do Estado utilizada, seja a natural ou a contratual, percebe-se que o seu surgimento se deu por necessidade. Seguindo-se a tese de Eduard Meyer e Wilhelm Koppers, “[...] o Estado é um elemento universal da organização humana. Meyer define mesmo o Estado como princípio organizador e unificador em toda organização social da humanidade, considerando-o, onipresente na sociedade humana.” (DALLARI, 2000, p.52). Assim, em um primeiro momento, o Estado surgiu como forma de proteção e autopreservação dos povos, sendo um elemento inerente à condição humana, responsável pela proteção do indivíduo tanto dos perigos do mundo, por ser um elemento centralizador e coordenador dos esforços dentro da sociedade, quanto de outras organizações humanas.

Porém em um segundo momento, com a grande concentração de poderes na mão do Estado, o mesmo passou de protetor a opressor, porque o núcleo de poder dentro do Estado em vez de se preocupar com a coletividade passou apenas a reconhecer pequenos grupos e a favorecê-los em detrimento da coletividade. Engels (apud DALLARI, 2000, p.56) afirma que o Estado surgiu apenas para que se “[...] perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito de a classe possuidora explorar a não-possuidora e o domínio da primeira sobre a segunda.”. Nesse contexto, fica latente a necessidade de limitação deste poder. Aos poucos, os povos, durante o curso da história, em uma verdadeira luta pelo direito, foram, paulatinamente, conquistando os direitos fundamentais.

Devido às revoluções liberais e à revolução burguesa dos séculos XVII e XVIII, que substituíram o Estado Absoluto pelo Estado Democrático de Direito, como bem observa George Marmelstein (2008), surgem, na classificação de Karel Vasak, os direitos fundamentais de primeira dimensão. As chamadas liberdades individuais em face do Estado. Na sua maioria, exigem prestações negativas do Estado, ou seja, a sua não ingerência. Em virtude do próprio contexto social de repressão vivido, são os direitos de primeira dimensão, na sua maioria, direitos de face negativa, de abstenção.

Como consequência da Revolução Industrial, alastrou-se a situação de desequilíbrio social e a opressão do ser humano. Surgiram os direitos protetivos dos trabalhadores. Nesse contexto social de luta em favor dos trabalhadores, surge o Estado do Bem-Estar Social, o qual se destina à promoção da qualidade de vida do indivíduo, além dos direitos trabalhistas

[...] o Estado do bem-estar social também se compromete a garantir os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, que são aqueles direitos ligados às necessidades básicas dos indivíduos, independente de sua qualidade de trabalhador, como alimentação, saúde, moradia, educação, assistência social etc. (MARMELSTEIN, 2008, p.49).

Por meio dos direitos de segunda dimensão, procurou a sociedade uma nova proteção do Estado, não bastava mais a idéia de abstenção, agora se fazia necessária a intervenção deste para equilibrar a balança social e fazer um contrapeso entre as forças sociais, que atuam na sociedade, e proteger os hipossuficiente sociais. Essa postura de total abstinência era perigosa, pois os grupos mais fracos dentro da sociedade poderiam sucumbir ante o poderio econômico e social. Surgindo desta intervenção, os direitos fundamentais de segunda dimensão, direitos que fundamentalmente propõem uma idéia de igualdade, a promoção do bem de todos através de ações governamentais, que garantam a todos uma igualdade material, ou seja, igualdade de condições. Assim, possuem a característica de ser, na sua maioria, positivos. São direitos a prestações do Estado, à tutela. Gilmar Mendes ao comentar o tema afirma que:

Como ressaltado, a visão dos direitos fundamentais enquanto *direitos de defesa (Abwehrrecht)* revela-se insuficiente para assegurar a pretensão de eficácia que dimana do texto constitucional. Tal como observado por Krebs, não se cuida apenas de *ter liberdade em relação ao Estado (Freiheit vom...)*, mas de *desfrutar essa liberdade mediante atuação do Estado (Freiheit durch...)*.

A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao efetivo exercício dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado. (MENDES, 2007 p.6)

As demais dimensões dos direitos fundamentais (terceira, quarta e as ditas de quinta dimensão) não serão abordadas, haja vista não serem pertinentes ao tema tratado.

Os direitos fundamentais são voltados principalmente para a limitação do poder. São ferramentas de defesa a serem utilizadas pelo cidadão contra os abusos do Estado. Gilmar Mendes assim se posiciona:

A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Essa concepção, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Para tanto, outorga ao indivíduo um direito subjetivo que lhe permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.

Analisando as posições jurídicas fundamentais que integram os direitos de defesa, importa consignar que estes não se limitam às liberdades e igualdades (direito geral de liberdade e igualdade, bem como suas concretizações), abrangendo,

ainda, as mais diversas posições jurídicas que os direitos fundamentais intentam proteger contra as ingerências dos poderes públicos e também contra abusos de entidades particulares, de forma que se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade, assegurando uma esfera de autodeterminação do indivíduo (MENDES, 2007, p.4)

Especificamente com relação aos direitos sociais, a ideia toma uma forma diferente, porque, em vez de defesa perante o Estado o que o destinatário dos direitos de segunda dimensão precisa é da defesa em face da sociedade, em face das condições desiguais. Defesa esta a ser provida pelo Estado, como unidade centralizadora dos esforços e mantenedora do indivíduo.

As normas constitucionais, pode-se dizer, são de observância obrigatória por todos, mas, especificamente em relação aos direitos fundamentais, é de grande importância analisar esta observância obrigatória no que tange à atuação do Estado. Diferentemente do particular que apenas deve observância e obediência às normas, o Estado tem o dever, além destes citados, de promoção e proteção dos direitos fundamentais. Para melhor estudo, foi dividido o Estado em três faces, face executiva, a face legislativa e face jurisdicional.

## **2.1 Atuação do Poder Executivo**

Conforme explicitado no primeiro capítulo, os direitos fundamentais, em virtude de seu caráter objetivo, permeiam todo o ordenamento jurídico fundamentando e balizando cada passo dado pelo Estado. Deve, então, o mesmo, no desempenho da função administrativa, também observância dos direitos fundamentais. Apesar de vigorar para a Administração Pública o princípio da legalidade, cabe a seus agentes verificar, no exercício de suas funções, se tal conduta, apesar de estar em acordo com a lei, não fere preceito maior, os direitos fundamentais, visto serem preceitos duplamente supremos dentro da Constituição.

Fato interessante que se apresenta rotineiramente dentro da Administração Pública é o que se pode chamar de “supremacia da lei” em vez de “supremacia da Constituição”. Os agentes públicos em seu proceder durante o desempenho das atividades administrativas, em virtude do princípio da legalidade, possuem um temor maior à normatização infraconstitucional e infralegal, leis, regimentos, portarias, decretos, etc., do que as disposições da Constituição, que é a norma máxima e parâmetro de validade para qualquer elemento normativo dentro do ordenamento jurídico. Vigora então no dia-a-dia das atividades administrativas a “supremacia de lei”, ou seja, em vez de se primeiro tomar a Constituição e seus valores como supremos, o que ocorre é exatamente o contrário. As normas

infraconstitucionais acabam tendo uma força dentro da Administração Pública maior que a própria Constituição. O que deveria acontecer é que, em cada atividade desempenhada além da verificação da conformidade com a lei, que regula tal atividade da Administração, deveria haver a verificação da conformidade com a Constituição e seus parâmetros em virtude dos atributos de supremacia da Constituição e supremacia dos direitos fundamentais.

Como é sabido, os direitos fundamentais de segunda dimensão demandam uma prestação positiva do Estado. Segundo a redação do art. 6º de nossa Constituição, os direitos de segunda dimensão dividem-se em “educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.”. José Afonso da Silva (2001, p.290, grifo original) agrupa-os em seis categorias :

*(a) direitos sociais relativos ao trabalhador; (b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; (c) direitos sociais relativos à educação e a cultura; (d) direitos sociais relativos à moradia; (e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; (f) direitos sociais relativos ao meio ambiente.*

Assim, em todos os casos, para que os direitos sociais sejam implementados, faz-se necessária a organização de todo o esquema de atividades do Estado, ou seja, a montagem de todo um aparato estatal para que seja, enfim, possível a execução de políticas públicas que implementem os direitos sociais.

Para facilitar o desempenho de suas funções, utiliza-se o Estado da técnica da desconcentração e da descentralização atividades administrativas. Para Marçal Justen Filho “a multiplicação de órgãos no âmbito de uma mesma pessoa jurídica produz o fenômeno da desconcentração do poder. Já a criação de outras pessoas jurídicas gera o efeito de descentralização do poder.”(JUSTEN FILHO, 2010, p.196). Continua em sua explanação :

*A diferença entre as duas figuras (desconcentração e descentralização) reside em que o mecanismo da descentralização produz a transferência de poderes e atribuições para um outro sujeito de direito distinto e autônomo. Portanto, a descentralização produz um número maior de sujeitos titulares dos poderes públicos. Já o processo de desconcentração mantém os poderes e as atribuições na titularidade de um mesmo sujeito, gerando efeitos meramente internos (em virtude da partilha de poderes e competências de titularidade de um único sujeito entre uma pluralidade de órgãos).(JUSTEN FILHO, 2010, p.197)*

O passo inicial no desempenho de suas funções é a definição da técnica a ser utilizada. Enquanto na desconcentração ocorre a repartição dentro da mesma pessoa jurídica na descentralização ocorre a criação de uma outra pessoa jurídica que desempenhará a função a ser transferida. Enquanto o sujeito criado é chamado de Administração indireta o sujeito criador e detentor da competência original é chamado de Administração direta. Em

decorrência do princípio da eficiência presente no art. 37, *caput* de nossa Constituição, deve o Estado se utilizar de todas as ferramentas possíveis para que seja fornecido um serviço de qualidade e eficiente.

Diferentemente do que acontece com a desconcentração, que se opera apenas no âmbito interno das pessoas jurídicas, para que ocorra descentralização, devem atuar em conjunto os Poderes Executivo e Legislativo, pois é necessária a edição de uma lei específica para criação destes entes, bem como na delimitação de sua atuação e formação do seu patrimônio.

Verificando de uma maneira geral, na implementação dos direitos de segunda dimensão, cabe ao Executivo à análise das circunstâncias *in concreto*, enquanto ao Legislativo, cabe *in abstracto*. Desse modo, compete ao Executivo o exame das circunstâncias fáticas na execução das políticas públicas, ou seja, todo o *modus operandi* é do Executivo, assim, a maneira como as obras ou serviços serão executados, onde e quando, são escolhas que cabem ao Poder Executivo, enquanto ao Legislativo, que se movimenta através da edição de leis, deve através destas prover meios e traçar planos para que o Poder Executivo implemente as políticas públicas necessárias. E em decorrência lógica da atividade executiva, surgem problemas de ordem concreta que devem ser resolvidos por aqueles que têm a incumbência de efetivar os planos e pôr em prática as políticas públicas.

O papel do Poder Executivo na implementação dos direitos sociais é limitado pela atuação legislativa, haja vista a dotação orçamentária ser decidida pelo Legislativo, a criação das entidades formadoras da Administração Indireta exigem a edição de uma lei, seja criando, no caso das autarquias, ou autorizando a sua criação, relativa às demais entidades, a instituição de tributos que custearão as atividades estatais, etc. Mas essa dependência não é absoluta, porque o manejo dos recursos é feito pelo Poder Executivo, assim, tem ele uma certa discricionariedade para atuar dentro dos parâmetros estabelecidos. Como por exemplo: destina-se “x” de recursos à educação, cabe ao Poder Executivo decidir a quantia que irá ao ensino fundamental, ao ensino médio, a realização de licitações para a compra de material escolar, uniformes escolares, alimentos, etc.

A atividade executiva é a atividade de realizar, ou seja, colocar em prática o que foi definido pelo legislador.

## **2.2 Atuação do Poder Legislativo**

A função legislativa é aquela parte do poder estatal que mais está em contato com as leis, já que possui a função de criá-las, sendo esta sua função típica dentro do sistema de repartição dos poderes. Devem os órgãos do Poder Legislativo emitir normatizações, que podem ter cunho infraconstitucional ou constitucional, seguindo as regras do processo legislativo insculpidas na Constituição, elaborando, desta forma, normas de cunho geral e abstrato.

Dentro do Estado Democrático de Direito vive-se sob o império da lei. Explicitado pelo pensamento inserido em nossa Constituição, no seu art. 5º, II, onde “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Positivização do princípio da legalidade, princípio este que apresenta reflexos em todos os ramos do Direito. Apresenta o princípio da legalidade duas acepções, uma voltada ao particular, e outra ao poder Público. Será ignorada a concepção voltada ao particular porque não possui pertinência neste trabalho. Desse modo, no que concerne ao Poder Público, o princípio da legalidade o faz submisso às leis, sendo necessária para o exercício da atividade de governar, haja vista serem estas o meio pelo qual se movimenta o Estado, quanto a esta diferença afirma Marçal Justen Filho:

O princípio da liberdade, que norteia a vida privada, conduz à afirmação de que tudo que não estiver disciplinado pelo direito está abrangido na esfera de autonomia. Portanto, a ausência de disciplina jurídica é interpretada como liberação para o exercício das escolhas subjetivas. Isso se traduz no postulado de que tudo o que, em virtude de lei, não for proibido nem obrigatório será reputado como permitido. Portanto, a omissão de disciplina por parte do direito interpreta-se como legitimação da autonomia privada.

Quando se consideram as relações regidas pelo direito público, a situação se altera. [...] Logo, a ausência de disciplina jurídica tem de ser interpretada como ausência de liberação para o exercício de algum poder jurídico. Daí afirmar que, nas relações de direito público, tudo o que, em virtude de lei, não for autorizado será reputado como proibido.

Mais ainda, no âmbito publicístico presume-se que tudo o que, em virtude de lei, for autorizado será reputado como obrigatório. Ou seja, não há cabimento em imaginar que o direito atribuiria poderes para que alguém escolhesse entre fazer ou não fazer – ressalvadas as hipóteses em que essa for a vontade normativa.(JUSTEN FILHO, 2010, p.149)

No campo da atuação estatal, a lei tem vital importância porque se apresenta como a vontade do Estado, pois o mesmo somente age quando a lei determina e da forma como ela o faz. Não se interprete que, na administração da coisa pública, não exista discricionariedade, mas esta somente se apresenta quando a lei lhe faculta e nos limites estabelecidos por ela.

Desta maneira, percebe-se a importância que as leis desempenham no dia-a-dia da Administração Pública.

O problema apresenta-se quando estas leis, necessárias à fruição de direitos e a movimentação do Estado para a consecução dos seus fins sociais, não existem, não foram editadas ainda. Há neste caso um vazio legislativo que se pode chamar de omissão legislativa. Pode-se dizer que a sociedade demanda que o Poder Legislativo exerça sua função. Exige-se do mesmo um *status* ativo, possui assim o Legislativo o dever de legislar. Dever este depreendido de todo o sistema constitucional, em virtude mesmo da tripartição dos poderes, deve-se entender que, além do caráter de limitação do poder, esta possui também o caráter de especialização e divisão de competência. Por ser o órgão especializado em edição de leis, não pode ele se furtar de editá-las.

O Poder Constituinte de nossa Constituição de 1988, que introduziu uma nova visão no mundo jurídico, uma visão voltada aos direitos fundamentais, plantou a semente do respeito e observância dos direitos fundamentais, assim não pode o legislador infraconstitucional frustrar justas expectativas da sociedade criadas com o advento de nossa Constituição à medida que não legisla, que não complementa as normas de eficácia limitada, deixando este vazio normativo que são as omissões legislativas.

### *2.2.1 Omissões Legislativas*

Primeiramente cabe definir o que vem a ser uma omissão legislativa e, para isto, se faz necessário que seja definido o que vem a ser omissão. Configura-se a omissão quando se deixa de fazer algo. Desta maneira, ocorre omissão, quando o Poder Público se abstém de praticar determinada conduta. Uma omissão legislativa viria a ser uma atuação negativa do Poder Legislativo em executar sua função típica; legislar. Ressalte-se que não é o simples “não agir” que se configurará como uma omissão, mas o “não agir” quando se é exigido e obrigado a atuar, assim, só há omissão quando, o Estado está obrigado a agir e se omite. Nas palavras de Dirley da Cunha (2008, p. 123, grifo original) a “Omissão inconstitucional somente é aquela que consiste numa abstenção *indevida*, ou seja, em não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de norma ‘certa e determinada’.”.

Ocorrerá omissão legislativa quando o Poder Legislativo estiver obrigado a aditar uma lei e não o faz. Para Canotilho (1994, p.331, grifo original), ocorre a omissão inconstitucional quando “[...] o legislador não <<faz>> algo que positivamente lhe era imposto pela

*constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo << não fazer>>; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado.”. Compreendendo as afirmações de Canotilho, seriam apenas omissões aquelas imposições concretas e explícitas. Não se configuraria, portanto, como uma imposição concreta e explícita o simples dever de emanar normas não entrando também as normas programáticas, visto que se apresentam não como imposições concretas no texto constitucional, mas apenas como objetivos a serem perseguidos, sendo elas imposições abstratas. Conforme:*

O simples dever geral de emanção de leis não fundamenta uma omissão inconstitucional. De igual modo, as <<ordens constitucionais gerais de legislar>> (*allgemeine Verfassungsgebote*), isto é, as imposições constitucionais que contêm deveres de legislação abstractos (exemplo: as normas programáticas, os preceitos enunciativos dos fins do Estado), embora configurem deveres de acção legislativa, não estabelecem concretamente aquilo que o legislador deve fazer para, no caso de omissão, se poder falar de silêncio legislativo inconstitucional.(CANOTILHO, 1994, p.332, grifo original)

Para o referido autor, a abstenção de legislar com relação às imposições abstratas situar-se-ia ainda no campo da constitucionalidade, que somente se tornaria um comportamento inconstitucional se este não atuar legislativo se tornasse uma prática sistêmica. Ora, se a omissão legislativa somente se tornaria inconstitucional com a sua prática reiterada, seria correto então afirmar que é possível ao legislador se omitir de dar efetividade aos fins sociais do Estado desde que isto não se perdue pelo tempo, ou seja, seria então o mesmo que permitir ao legislador que aniquile justas expectativas criadas pela Constituição durante um certo período de tempo.

Quanto tempo é necessário para que este deixe de ser um comportamento constitucional e se torne inconstitucional? Ninguém pode dizer, haja vista que, por ser um critério subjetivo, não é fixo, mas variável. Um critério que deverá ser analisado pelo Poder Judiciário utilizando-se da razoabilidade e da proporcionalidade, porém deve se ter em vista que as normas programáticas são normas dotadas de eficácia e tão logo o Poder Legislativo frustrar o seu exercício, com seu comportamento omissivo, tal prática já se configura uma omissão inconstitucional. Ainda que não representem deveres explícitos de legislar, são objetivos que “devem ser perseguidos” e não que “podem ser perseguidos”. Assim, quando o legislador se comporta de maneira a não dar continuidade ao que foi iniciado pelo poder constituinte originário, está descumprindo a Constituição, pois esta é suprema e nela não há

normas que se apresentem apenas como conselhos, mas todas são imperativas e exigem seu cumprimento.

Têm-se omissões em sentido material e formal. Tomando as omissões em sentido formal, apenas se verifica se há ou não norma. Verificando-se a ausência, haveria omissão, existindo lei não há que se falar em omissão. Porém, em contrapartida, tomando-se as omissões em sentido material, o que se observa, além da ausência ou não de norma, é se esta norma contempla todas as situações que deveria tutelar ou se exclui “[...] alguns cidadãos, total ou parcialmente, de forma expressa, das vantagens [...]” (CANOTILHO, 1994, p.334) contidas em si. Abrindo-se a possibilidade para a verificação de seu conteúdo.

Pode-se falar que, mesmo havendo a norma necessária, caso esta não efetive toda a imposição constitucional, a omissão persistirá. Utilizando-se as omissões em seu sentido material, surgem duas outras classificações; omissões absolutas e omissões relativas. As omissões absolutas revelar-se-iam naqueles casos de total ausência de legislação e, nas relativas, existe a legislação, mas esta fere o princípio da igualdade, visto que exclui injustamente cidadãos que se encontram na mesma situação jurídica.

Com relação aos direitos sociais, a omissão legislativa mostra-se deveras preocupante, porque mais que uma abstenção, o que se exige é uma atuação positiva e eficaz. Ressalte-se que esta atuação, além de existir, deve ser eficaz, pois como foi visto a atuação insuficiente do Legislativo continua configurando-se como omissão legislativa.

Como é sabido, o Executivo apenas se move nos moldes da lei e quem detém a prerrogativa de editá-la é o Legislativo. Percebe-se que o Poder Legislativo é o ponto de partida de todo o sistema implementatório dos direitos sociais. Estas omissões, sejam absolutas ou relativas, devem ser combatidas e evitadas a todo custo. Uma das formas de combate a estas omissões seria a via judicial, através de ações que compelissem o órgão omissor a agir. Mas para que se possa demandar judicialmente alguma pretensão, deve-se ter direito a obter aquilo que se está pleiteando judicialmente. Com relação ao tema tratado, levanta-se o questionamento de se este dever de legislar do Poder Legislativo poderia ser transposto para um direito à emanção de normas e se seria um direito subjetivo.

### *2.2.2 Direito à emanção de normas e direito subjetivo*

Primeiramente, antes de adentrar no direito à emanção de normas, é interessante que seja abordado o dever de legislar que compete ao Poder Legislativo. Conforme já explicitado,

em decorrência da separação de poderes, que na verdade é uma divisão funcional, cabe ao Poder Legislativo a expedição de normas seguindo o procedimento legislativo descrito na Constituição. Sendo assim, compete ao Legislativo, por determinação constitucional, a expedição de normas de caráter geral e abstrato, bem como a atualização da Constituição.

Percebe-se, sem muito esforço, que o Poder Legislativo possui o dever de legislar, ou seja, é imposta a ele a postura ativa legislatória, imposição esta constitucional. Esta imposição ao legislador é genérica, isto é, sempre que for preciso a edição de uma lei, deve o mesmo fazê-lo, pois está, conforme dito, constitucionalmente obrigado a agir.

Passando agora ao tema deste trabalho, tem grande relevância tal consideração, já que os direitos sociais, na sua maioria, são normas de eficácia limitada, demandando assim um complemento normativo. Se demandam um complemento normativo, é porque a atuação do legislador é necessária, e sendo necessária, por obrigação constitucional, o mesmo tem o dever de editar todas as leis necessárias a fruição dos direitos sociais.

Entendido que o Poder Legislativo deve legislar e não pode se escusar de exercer seu poder-dever, poder-se-ia dizer que detém então o cidadão o direito à emanção destas normas?

Se é pacífico na doutrina que o Legislativo tem o dever de legislar, diferente se dá com relação ao direito à emanção de normas. Nega-se esta prerrogativa principalmente sob a alegação de que, caso se atribua ao particular um direito à emanção de normas, feriria a separação de poderes, haja vista compelir judicialmente o Legislativo a agir seria uma intromissão do Poder Judiciário na esfera de atribuições do Legislativo. Outro argumento seria o de que reconhecer um direito à emanção de normas seria também reconhecer a existência de um direito subjetivo ao cidadão, o que não se poderia cogitar, visto serem direitos da coletividade, não exigíveis por apenas um único indivíduo.

Ora, se os próprios direitos fundamentais não são de caráter absoluto, o que se dizer então do princípio da separação dos poderes? Não pode este ser entendido de forma absoluta, de maneira tal que acabe afrontando e impossibilitando a implementação dos direitos fundamentais. Fala-se hodiernamente em uma nova interpretação da separação dos poderes, esta à luz dos direitos fundamentais. Haja vista o poder ser uno, o que acontece é uma separação de funções, assim, as três funções representam o mesmo poder. Então, falar-se em uma separação absoluta não se mostra oportuno, mas, sim, em uma cooperação e

entrosamento das funções para que seja alcançado o fim último do Estado; a plenitude do ser humano.

Em virtude de nossa Constituição ter elevado a pessoa humana como elemento máximo de proteção, positivando a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, devem todas as disposições girarem em torno da pessoa humana. Desse modo, até a separação dos poderes deve ser reinterpretada de uma maneira que se compatibilize com o novo sentimento constitucional de proteção dos direitos fundamentais. Deve-se pensar que a separação dos poderes foi um meio e não um fim. Surgiu para limitar os poderes do Estado, inicialmente, como uma garantia, pois somente o poder poderia limitar o poder, assim, fracionou-se o poder em três ramos, a saber: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

O referido instituto tem o caráter de proteção do indivíduo em face do Estado, porém não se pode tê-lo como um fim que se sobreporá ao fim máximo do Estado, que é a realização do indivíduo. Então, se algum dos poderes falta com o seu dever constitucional de atuar, devem os demais suprir-lhe a falta evitando que um bem maior seja lesado em face da inércia ou da má atuação de qualquer um deles.

Com relação ao outro argumento de que não se poderia reconhecer a existência de um direito subjetivo à emanção de normas, cabe uma breve explanação acerca do que vem a ser um direito subjetivo. Pode-se dizer que direito subjetivo é um poder, ou uma faculdade advinda de uma norma jurídica posta pelo Estado, de agir conforme e de exigir seu cumprimento.

Pode-se dividir o direito subjetivo, quanto à sua eficácia, em absoluto e relativo. O direito subjetivo absoluto seria aquele direito que é oponível *erga omnes*, ou seja, não possui destinatário específico, mas, sim, contra toda a coletividade. Já o direito subjetivo relativo somente pode ser oposto contra um sujeito específico, o participante daquela relação jurídica. No que tange ao seu conteúdo, este pode ser público ou privado, quando o obrigado da relação jurídica for pessoa de direito público, será público, se for pessoa de direito privado, será um direito subjetivo privado.

Ora, com relação à existência ou não de um direito subjetivo à emanção de normas, parece que nossa Constituição preferiu definir a questão em favor da efetividade dos direitos fundamentais, porque, em seu art.5º, LXXI, instituiu o Mandado de Injunção para qualquer pessoa, física ou jurídica, que se ache na situação de estar impossibilitado de exercer os

direitos e liberdades constitucionais. Assim, posicionou-se nossa Constituição pela existência de um direito subjetivo à emanação de normas para o cidadão.

### **2.3 Atuação do Poder Judiciário**

O Poder Judiciário é o último dos três poderes enumerados no art. 2º de nossa Constituição, que compõem os Poderes da União. Sua importância no Estado Democrático de Direito é fundamental, constituindo a sua independência uma garantia constitucional, inerente à função desempenhada, haja vista ser o responsável por dizer o direito e resolver os conflitos em definitivo e de guardar a Constituição e o seu cumprimento. Complementando a sua importância, o sistema brasileiro escolhido foi o sistema inglês ou sistema de unicidade de jurisdição, significando que somente o Poder Judiciário tem a função de dizer o direito em definitivo, ou seja, o único que possui jurisdição, positivado no art. 5º, XXXVII, o princípio da inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário.

Em face da dimensão subjetiva que os direitos fundamentais possuem, os quais geram um direito subjetivo para seus detentores, isto gera um poder de exigir o seu cumprimento. O papel do Poder Judiciário é de fundamental importância, pois o meio para se exigir a execução e o cumprimento dos supracitados direitos é por meio do Poder Judiciário mediante as ações próprias. Percebe-se que a função judicial é justamente a de reparação da ordem. É de tamanha importância a função do Poder Judiciário que suas decisões são vinculativas, imperativas, ainda que *contra legem*, e só podem ser contestadas pela via judicial utilizando-se dos meios processuais adequados.

O ator principal desta atuação do Poder Judiciário é o juiz, que deve aplicar a lei não cegamente como propugnava Montesquieu, como uma máquina que não deve emitir forma alguma de opinião, mas através de uma aplicação voltada à proteção e promoção dos direitos fundamentais. A parte de toda a pressão política no Estado o Juiz julga com uma independência louvável o que faz brotar no centro do conceito de Estado de Direito a figura da juridicização.

Desta forma, no Estado Democrático de Direito, o direito vincula a atuação dos poderes negativamente e positivamente, já que o mesmo é um meio de controle e limitação do poder. Sendo assim, é inerente ao Estado Democrático de Direito a conformação dos atos estatais ao Direito. Tendo portanto essa característica de não ser apenas um Estado legal mas

sim tendente a realização da Justiça em seu sentido material, desta forma, Estado de Direito justo é aquele que se reconhecem e se garantem os direitos fundamentais.

Para o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito, é necessário a criação de instituições, procedimentos e formas que o caracterizam, sendo uma consequência óbvia o alargamento da função jurisdicional, possuindo o Poder Judiciário a função de controle político do Estado através do controle de constitucionalidade e do controle de conformidade.

Em decorrência do princípio da constitucionalidade, tem-se que os atos do Estado devem estar em consonância com a Constituição, tanto os atos legislativos, executivos e judiciais, vinculando todos os ramos de atuação estatal. Este princípio pressupõe o reconhecimento de uma constituição eficaz, como uma ordem jurídico-fundamental vinculativa de todos os poderes públicos e cabe ao Poder Judiciário avaliar se estas condutas são ou não compatíveis com a Constituição, formal e materialmente.

### *2.3.1 Controle de constitucionalidade.*

O princípio da constitucionalidade implica na vinculação do legislador à Constituição, que as leis sejam feitas de modo e na forma prevista na Constituição e que lhe sejam materialmente e formalmente compatíveis, não somente a atuação positiva do legislador, mas também sua atuação negativa, visto que ambas podem se mostrar inconstitucionais.

Importante ressaltar neste ponto algumas considerações acerca da liberdade de conformação do legislador, que vem a ser aquela parcela do procedimento legiferante em que cabe somente ao Poder Legislativo analisar, configurando-se de duas formas; quanto ao tempo e quanto ao conteúdo.

Quanto ao conteúdo da norma, somente cabe ao Legislativo, através de seus processos de votação e de seus componentes, a análise e a definição dos exatos contornos da lei. Está o legislador então completamente livre para elaborar as peças normativas com o conteúdo que bem lhe aprouver? Logicamente que não. Essa discricionariedade com relação ao conteúdo da norma sofre limitações; não pode o legislador em sua atividade editar normas que contrariem os dispositivos constitucionais, que firmam os direitos fundamentais. Em virtude da supremacia da Constituição e da supremacia dos direitos fundamentais, sua atuação é livre, porém dentro destes parâmetros. Além do mais em face do caráter objetivo que possuem os direitos fundamentais, chamado de efeito de irradiação, estes se espalham por sobre todo o ordenamento jurídico impedindo normas de conteúdo contrário à elas, vinculando então o

conteúdo da norma a ser editada. Portanto tem o legislador uma ampla liberdade de conformação que não é absoluta mas que deve sempre ser entendida na perspectiva dos princípios e valores constitucionais.

Quanto ao tempo, entende-se que somente compete ao legislador decidir qual o momento oportuno para a edição de determinada norma. Envolve assim um exame da conjuntura social, do impacto que a norma causará na sociedade e de sua eficácia social. Missão esta que somente o Poder Legislativo pode tomar. Em virtude de serem representantes do povo e por estarem em mais contato com os anseios da população. Apesar de ser do legislador a decisão sobre qual seria o momento mais propício para se editar uma lei, não pode o legislador, fundado na sua discricionariedade, violar os direitos fundamentais com a sua inércia, sendo isto um legitimador do Poder Judiciário que, em uma reinterpretação do princípio da separação dos poderes, pode declarar como inconstitucional tal conduta e até mesmo atuar como legislador positivo, através das decisões, em Mandado de Injunção.

Abordando mais especificamente o controle de constitucionalidade dos produtos legislativos, o sistema brasileiro apresenta-se como um sistema misto, em que encontra-se tanto o controle concentrado quanto o controle difuso. Tratando brevemente acerca do controle difuso, que tem como pressuposto a idéia de que qualquer membro do Poder Judiciário, pode reconhecer a inconstitucionalidade de um ato normativo em determinado caso concreto que lhe seja apresentado, assim, o que se pretende com a ação não é a declaração de inconstitucionalidade da lei, mas, esta se apresenta apenas como um meio para o alcance do bem da vida pretendido.

O controle de constitucionalidade concentrado é aquele que certos legitimados ativos, dispostos no art. 103 de nossa Constituição, propõem as ações próprias, dependendo do caso que se afigurar, com o objetivo de obter uma declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Somente quem tem competência para conhecer estas ações é o Supremo Tribunal Federal. Como ações do controle concentrado, têm-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade e, finalmente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Apesar de serem todos meios hábeis para se verificar a constitucionalidade de lei perante os direitos fundamentais, será observada apenas a ação direta de inconstitucionalidade

por omissão, por se apresentar como a única ação em sede de controle de constitucionalidade abstrato apta a resolver as omissões inconstitucionais.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão foi uma inovação da Constituição de 1988, sendo destinada ao combate das omissões inconstitucionais. Desse modo, tem o objetivo de declarar a mora do órgão legislativo, fazendo com que este desperte de sua inércia e exerça seu poder-dever. É bem verdade que as decisões de mérito em AdinPO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) são de caráter meramente de alerta ao órgão legislativo omissor, não possuindo nenhuma força de cogência contra o Poder Legislativo.

Já em face do Poder Executivo, a situação apresenta-se de outro modo. A AdinPO pode ser também utilizada não somente naquelas omissões legislativas do Poder Legislativo, mas também na situação em que a normatização, pela qual dependa a norma constitucional, seja ato normativo de competência de órgão administrativo, neste caso, mas que mero conselho, a decisão de mérito da AdinPO terá caráter mandamental com prazo fixado pelo art. 103,§2, de nossa Constituição, qual seja, trinta dias. Os legitimados passivos da AdinPO devem ser aqueles que deveriam expedir as normatizações necessárias ao pleno exercício dos direitos contidos nas normas de eficácia limitada. Deve-se atentar ao fato de que, nos casos em que não seja da competência do Poder Legislativo a iniciativa do projeto de lei, não podem eles figurar no pólo passivo, mas, sim, quem detiver o poder de iniciativa.

Perdeu nossa Constituição a chance de dar um grande passo em direção a uma melhor defesa e promoção dos direitos fundamentais quando fixou apenas para os órgãos administrativos um prazo para a solução da omissão. Mesmo havendo a separação dos poderes sabe-se que em nosso país uma decisão que apenas aconselhe uma determinada conduta não seria cumprida. Apesar de ser, por expressa decisão constitucional, dotada a decisão da AdinPO de eficácia não concretista, entendo que na mesma deve-se adotar a posição concretista geral.

Para a perfeita compreensão do assunto, faz-se breve explicação acerca das duas teorias. Na teoria não-concretista, o Judiciário limitar-se-ia apenas em declarar a mora do sujeito omissor, dando-lhe ciência desta decisão para que cumpra seu dever constitucional. Já na teoria concretista, o Poder Judiciário, reconhecendo a omissão inconstitucional, deveria viabilizar o seu exercício até que seja editada a regulamentação necessária. Seria possível, assim, ao Poder Judiciário oferecer uma resposta eficiente à sociedade, que de tão cansada dos

imbróglios do Estado se mostra totalmente descrente da força e da importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

### *2.3.2 Controle dos atos executivos da administração*

Se com relação aos atos legislativos próprios se fala em controle de constitucionalidade, quanto aos atos da Administração Pública há que se falar em controle de conformidade. Assim, o controle que será exercido pelo Poder Judiciário será a verificação da conformidade, adequação dos atos desempenhados pelos administradores da coisa pública com a Constituição, primeiramente, e posteriormente com a legislação infraconstitucional.

A atividade administrativa divide-se em atos meramente executórios e atos políticos. Nos atos apenas de execução da Administração Pública, o controle de conformidade exercido pelo Poder Judiciário é bem estrito e intensificado haja vista o próprio princípio da legalidade. Sendo assim, o administrador tem nas suas atividades que observar estritamente o disposto na Constituição e as disposições legais e tem o Judiciário plenos poderes para forçar seu cumprimento e a observância das disposições normativas relativas ao seu exercício, não cabendo ao administrador agir ou proceder diferente, pois a vontade da Administração é a lei.

Já nos atos políticos da Administração Pública, o caráter discricionário do atuar do administrador é bem mais amplo, pois as decisões são de cunho político. Envolve análise de circunstâncias e valores que somente o administrador pode exercer. A atividade política da Administração Pública, por ter um caráter discricionário mais ressaltado, não está livre de controle. Deve esta, ser controlada pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade sempre tendo como paradigma as disposições constitucionais. Deve então o administrador, no proceder da tomada de decisões políticas observar se os meios que serão empregados se coadunam com os fins desejados, se é necessária aquela medida, se de tal atitude advirão os resultados esperados, se não há outra forma que melhor se adéque a situação. O controle exercido será reflexo, mas nunca no âmago das decisões.

### *2.3.3 Meios processuais para a implementação dos direitos sociais*

Como já dito anteriormente, possuem os direitos fundamentais uma dimensão subjetiva, possibilitando ao detentor exigir judicialmente sua realização. Pode o sujeito de direito utilizar diversas ferramentas que estão ao seu alcance para tal. O direito subjetivo, como aduzido anteriormente, gera para o indivíduo a faculdade ou poder advindo de uma

norma jurídica posta pelo Estado de agir conforme e de exigir seu cumprimento. Pode o sujeito de direito valer-se de ações específicas, como o Mandado de Injunção, nos casos de omissões inconstitucionais; Mandado de Segurança, nos casos de atos ilegais ou com abuso de poder que violem direito líquido e certo perpetrado por autoridade ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. A Ação Civil Pública tem o seu rol de legitimados ativos restrito, assim, não pode qualquer cidadão ajuizá-la. Pode também se valer o cidadão das ações comuns cumuladas com as tutelas de urgência como os provimentos liminares e as antecipações de tutela.

Primeiramente, aborda-se Mandado de Injunção que, como já mencionada na AdinPO se presta nos casos de omissão inconstitucional. Prevista no art. 5º, LXXI, de nossa Constituição será possível utilizar-se do Mandado de Injunção “[...] sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;” assim como na AdinPO, o centro gerador da demanda judicial é uma omissão inconstitucional, mas diferentemente, no Mandado de Injunção busca-se a solução de um caso concreto, para o exercício do direito subjetivo obstado pela falta de norma regulamentadora.

O legitimado ativo do Mandado de Injunção é o detentor do direito obstaculizado pela falta da norma, em virtude de ser destinada à solução de um caso específico, o legitimado ativo deve ser este indivíduo que se viu impossibilitado de exercer seu direito subjetivo. Assim, é hábil o Mandado de Injunção nos casos em que não haja norma regulamentadora de preceito constitucional, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é que não se poderá aplicá-lo quando existir norma e esta for defeituosa ou até inconstitucional.

Ora, se a norma que se destina a dar plena eficácia a determinado preceito constitucional o faz de maneira incompleta ou se apresenta contrária à Constituição, a omissão inconstitucional permanece, como foi visto, para que a omissão inconstitucional, tomada no seu sentido material, seja sanada é necessário que tutele todas as situações que se esperam desta. Porque se uma norma constitucional de eficácia limitada garante aos grupos “X” e “Y” determinado direito, e o Poder Legislativo no exercício de sua competência vem a editar a esperada lei, mas exclui o grupo “Y” de suas vantagens ou cria uma situação de discriminação negativa, a omissão para o grupo “Y” ainda persistirá.

Pergunta-se, então, não poderia um indivíduo do grupo “Y” se valer do Mandado de Injunção, no caso de ser excluído totalmente da regulamentação? Conforme o entendimento jurisprudencial do STF (Supremo Tribunal Federal); não. Seria essa uma interpretação voltada

para a promoção e proteção dos direitos fundamentais? Voltada a dar a máxima efetividade aos direitos fundamentais? De certo que não, pois, conforme visto, a omissão inconstitucional ainda perduraria impossibilitando aos pertencentes do grupo “Y” exercer seu direito constitucionalmente garantido.

No caso de a norma existir, mas ser defeituosa, ou seja, utilizando-se de uma discriminação negativa? Tomando-se ainda a orientação jurisprudencial do STF, estes estariam excluídos da possibilidade de serem protegidos pelo Mandado de Injunção.

Analisando-se o art. 5º, LXXI, à luz dos princípios de hermenêutica dos direitos fundamentais, percebe-se que este ainda estaria enquadrado na destinação do Mandado de Injunção, porque para aquele cidadão a lei existe, mas não o possibilita exercê-lo.

Precisa-se entender qual seria o objetivo do constituinte ao criar o mandado de injunção, seria o de proteger aqueles direitos tão importantes que, por um ato omissivo mostram-se impossíveis de serem usufruídos. Fornecer um meio de defesa ao cidadão contra os atos omissivos legislativos, garantindo, promovendo e protegendo os direitos fundamentais. Assim, tomando a realidade como foco, para este indivíduo, a falta de norma ou a sua existência insuficiente mostram o mesmo resultado; a impossibilidade de exercer um direito subjetivo, garantido constitucionalmente, por um ato legislativo abusivo.

Outro ponto importante relativo ao Mandado de Injunção é com relação aos efeitos da decisão de mérito. Anteriormente, fora abordada a eficácia das decisões, porém de maneira *an passant*. Com relação à eficácia desta decisão, têm-se duas posições; a concretista e a não-concretista.

Pela *posição concretista*, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara acerca da existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente.(MORAES, 2004, p.186, grifo original)

Subdividindo-se esta posição em concretista geral e concretista individual. Na geral, a decisão do Judiciário tem alcance *erga omnes*, indo além do caso concreto em tela, “[...] implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente.” (MORAES, 2004, p.186). Na individual, o efeito da decisão atinge apenas o autor da ação, podendo ele exercitar seu direito, liberdade ou prerrogativa constitucional plenamente.

A posição concretista individual divide-se ainda em direta e intermediária. Na posição concretista direta, o Poder Judiciário supre imediatamente a falta da norma para aquele indivíduo, diferentemente, na concretista intermediária, o Judiciário julgando procedente o Mandado de Injunção comunicaria esta decisão ao órgão omissor, fixando-lhe um prazo para a edição da norma faltante, no caso de não o fazer, autorizaria o Poder Judiciário a fixar as condições para o pleno exercício do direito do autor. Finalmente, a posição não-concretista, conforme Alexandre de Moraes (2004, p.188-189):

[...] que, firmou-se no sentido de atribuir ao mandado de injunção finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, 'em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, buscando-se, com essa exortação ao legislador, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do *writ* como fundamento da prerrogativa que lhe foi outorgada pela Carta Política'. Sendo esse o conteúdo possível da decisão injuncional, não há falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente prevista, mas, tão-somente, deverá ser dada ciência ao poder competente para que edite a norma faltante.

Dentre todas as posições possíveis de serem adotadas, a não-concretista mostra-se ser a que mais frustra os direitos fundamentais. No momento em que se adota tal posicionamento, a quem o cidadão, impedido de exercitar seu direito, poderá recorrer para ver implementado um direito subjetivo garantido pela Constituição? Pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que tal decisão representa um golpe no avanço dos direitos fundamentais. Onde ficaria em meio a toda a discussão da supervalorizada separação dos poderes os direitos fundamentais? O Poder Judiciário integra o Estado, sendo assim, também tem o dever de proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Sabe-se que apenas com a ciência ao órgão omissor da decisão isto poucos efeitos na realidade gerariam, haja vista a história política do Brasil, os casos de corrupção e frustração dos direitos dos cidadãos. Esperar que o Poder Legislativo e Executivo cumpram a Constituição de bom grado é uma tarefa árdua, vide as ações em que se declarou a mora do Poder Legislativo, que estão pendentes de legislação; MI 369 data do julgamento 19/08/1992, MI 95, data do julgamento 07/10/1992, MI 124, data do julgamento 07/10/1992, MI 278, data do julgamento 03/10/2001 entre outras. Percebe-se que, em alguns casos, passaram-se dezessete anos sem que fosse editada a lei. É necessário repensar tal posicionamento para que não fique o cidadão à mercê da boa vontade dos que governam.

O Mandado de Segurança presta-se a defesa não especificamente de um direito, uma liberdade constitucional ou um direito fundamental, mas aplica-se para a defesa de qualquer

direito líquido e certo, que não seja protegido por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o ato atentatório ao direito é perpetrado por autoridade ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Adentrando no tema deste trabalho, não se pode então aplicar o MS (Mandado de Segurança) nos casos em que o seu direito é garantido por uma norma eficácia limitada, haja vista não ser um direito líquido e certo, pois é pendente de regulamentação. Aplicando-se o MS a atos omissivos e comissivos de autoridade, não confundir com as omissões inconstitucionais, que se operam no âmbito da eficácia do direito, diferente dos atos omissivos, onde o seu direito é eficaz, mas não é respeitado, pois ambos podem se prestar para violar direito líquido e certo.

Cabe agora algumas considerações acerca da exigência em juízo de prestações do Poder Público. Têm-se as figuras do mínimo existencial e da reserva do possível, ambas conexas com o parâmetro financeiro do Estado. Uma arguível pelo Estado, outra, pelo cidadão.

Implementar os direitos sociais é uma tarefa que demanda gastos, despesas, alocação de recursos financeiros e humanos, além da montagem de todo um aparato físico para seu fornecimento. Por serem direitos que demandam uma atuação positiva do Estado, pode-se dizer que sua concretização está condicionada à capacidade financeira.

A Constituição de 1988 previu diversos direitos e garantias, mas não levou em conta o parâmetro financeiro. Falando de maneira abstrata, sabe-se que não há recursos para implementar todos os direitos sociais na sua força máxima. Neste contexto, é que se encontra a definição do que vem a ser o princípio da reserva do possível. Os direitos sociais devem ser implementados, mas na capacidade financeira que o ente suporta. Cabe então ao Judiciário, utilizando-se da razoabilidade e proporcionalidade, obrigar o ente público a realizar as prestações que estejam ao seu alcance. Isto, na verdade, é uma premissa lógica já que pouco adiantaria uma determinação judicial para que o Estado construísse cinco mil casas populares sem que tivesse recursos para a compra de material.

Nas palavras do Tribunal Constitucional alemão, a reserva do possível é **aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade**. Se for razoável (melhor dizendo, proporcional), não pode o Estado se negar a fornecer. Assim, pode-se dizer que a reserva do possível é sinônimo de **razoabilidade econômica** ou **proporcionalidade financeira**. (MARMELSTEIN, 2008, p.319, grifo original)

Estaria então o cidadão à disposição financeira do Estado para realização do seu direito? Sim. Mas, em contrapartida, não pode o Poder Público se negar a fornecer as prestações as quais os cidadãos têm direito pela sua irresponsabilidade financeira. Deve este se organizar para fornecer o mínimo para que se tenha uma vida digna. Dessa forma, sabendo-se que não é possível ao Estado implementar todas as políticas públicas relativas aos direitos sociais, pode o cidadão, ainda assim, exigir judicialmente sua prestação, não de forma completa, mas um mínimo de tutela estatal, uma parcela mínima indispensável à realização do indivíduo, que não está condicionada à possibilidade financeira do Estado, chamada de mínimo existencial.

No momento em que um juiz expede uma determinação no sentido de que o Estado forneça certo medicamento, inscreva determinado aluno na escola, que construa determinado número de casas populares e tantas outras, deve se ter em mente que para cumprir tal determinação, o Poder Público irá destinar parte da renda para tal. Agora, imagine isto em larga escala, milhares de cidadãos pleiteando o bem da vida garantido constitucionalmente. Não teria como a Administração Pública organizar uma política pública eficiente tendo que retirar recursos destas áreas para fornecer prestações de forma individual aos cidadãos que submeteram sua demanda ao Judiciário, trazendo estas decisões mais males do que benefícios.

Os juízes no seu atuar em casos de implementação de políticas públicas devem ter como parâmetro o princípio da reserva do possível, no sentido de saber se o Poder Público está fornecendo o máximo possível. Cabe ao ente estatal apresentar a comprovação de que está realizando o máximo que pode.

Imagine o caso de que dez cidadãos, que estão esperando para se internar em determinado hospital público, porém todos os leitos deste hospital estão ocupados. Um destes dez resolve exigir judicialmente um leito e consegue a medida liminar, que assegura seu direito a internação, sendo assim, o Poder Público, por não haver leitos públicos, paga um leito particular, enquanto os outros nove continuam a definhando à espera de um leito público. Seria esta situação justa? Estaria o Poder Judiciário a realizar a justiça? Já que garantiu somente o direito a um cidadão, sendo que restavam nove em situação idêntica? Situação flagrantemente injusta, mas não poderia o Judiciário agir diferente.

Em um lugar como o Brasil, onde a cláusula da reserva do possível virou argumento de defesa geral do Estado, em qualquer ação em que se discuta a implementação de políticas públicas, deve-se dar um passo de coragem na efetivação dos direitos sociais. Se o Estado

alegou que não possui recursos para o fornecimento de medicamentos para todos, inclusive demonstrando isto com a juntada aos autos de demonstrativos financeiros, que remaneje recursos de outras áreas menos importantes, pois os direitos sociais não podem esperar a boa vontade da Administração Pública. Nesse sentido, também se posiciona George Marmelstein (2008, p. 322):

Assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Vale enfatizar: o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos sociais é do Poder Público. É ele quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não-efetivação do direito fundamental.

Na tomada da decisão, deve o juiz levar em conta todos os argumentos apresentados e, através de um processo de ponderação, tomar a decisão que seja a mais acertada levando em conta a questão financeira, social e política.

### 3 A PROBLEMÁTICA DA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Conforme enfatizado neste trabalho, quando se fala em direitos fundamentais, a questão toda gira em implementação, em concretização, ou seja meios para que os direitos garantidos no texto constitucional sejam trasladados para o mundo fático. Para que isto seja possível, é necessária ação. Ação no seu sentido completo, seja vontade de agir, sentido subjetivo, e seja a própria ação em si, sentido objetivo, capaz de gerar frutos. Pode-se evidenciar em diversos casos não a falta da ação própria, em seu sentido objetivo, mas a falta da ação em sentido subjetivo, o que logicamente leva à inexistência da outra.

Como a elaboração das políticas públicas e todo o aparato para a sua execução são decisões políticas, estas muitas vezes sucumbem ante o jogo político perpetrado, nas esferas de poder que coordenam este país, e acabam nunca entrando na pauta de discussões. Ante toda a discussão da possibilidade de o Poder Judiciário efetivar os direitos sociais, colocando-se no lugar dos entes faltosos e implementando os direitos sociais, acabam, na ótica da população, os direitos de segunda dimensão não passando de promessas de palanque, retórica eleitoreira. Assim, interessa mais aos que disputam o poder que os problemas sociais continuem, como fila nos hospitais, falta de moradia, falta de segurança dentre outros, pois assim há subsídio para o seu apelo sensacionalista de caos social e de suas frases cheias de benesses, mas vazias de vontade.

Em um avanço significativo nesta matéria, lançou nossa Constituição as bases da teoria de proteção dos direitos fundamentais, encarregou-se a doutrina de proporcionar os meios para o seu alargamento, posicionando-se no sentido de possibilitar ao Poder Judiciário que sane as omissões públicas e que, no exercício da sua função jurisdicional, implemente, na medida do possível, os direitos sociais. Mas toda esta construção teórica deve encontrar no mundo real um terreno propício para seu desenvolvimento. Conforme o já explicitado princípio da reserva do possível, de nada adiantaria garantir aplicabilidade imediata e direta se não há recursos para garantir o direito, tampouco teria importância a atuação dos juizes de garantir os direitos sociais sem que pudesse o Estado cumprir esta decisão; não passaria de letra morta.

Toda atuação do Estado depende da existência de recursos financeiros oriundos principalmente dos tributos. E é na medida dos recursos financeiros os quais possui que executa seus atos, que fornece as prestações sociais. Percebe-se a dimensão que ocupam os

recursos financeiros dentro do atuar estatal. De nada adiantaria uma Constituição com um alto teor valorativo, diversos objetivos sociais a serem perseguidos, se não há como realizar, financeiramente falando, tal desiderato. Da mesma forma, dar-se-ia se tivéssemos um Estado riquíssimo, mas que não estivesse comprometido com o Estado Democrático de Direito, que não tivesse um norte constitucional garantidor da dignidade da pessoa humana. Os recursos estatais são sempre um meio para realizar um fim.

### **3.1 Possibilidade financeira**

A possibilidade financeira é sempre um parâmetro observado no desempenho de qualquer atividade do Estado. Mas em que se fundamenta a possibilidade financeira? Por ser um critério de limitação da atuação da Administração Pública, não se encontra sem bases. Aquilo que é possível significa aquilo que é passível de ser realizado, o impossível não pode ser executado. A possibilidade financeira assenta na capacidade do Estado de possuir recursos para efetuar tal atividade. Porém a verificação da possibilidade vai muito além desta aplicação silogística; “para implementar os direitos sociais se precisa de recursos, o Estado não tem recursos não implementa”. Deve-se perquirir bem mais que a simples falta de recursos. A possibilidade financeira, relacionada aos direitos sociais, assenta-se, então, em três aspectos a saber; a existência de recursos, a administração destes e se é possível remanejar recursos de outras áreas menos importantes para as prestações sociais.

A inexistência de recursos, obviamente por si só, já se caracteriza em um óbice à efetivação dos direitos sociais. Mas como então consegue o Estado recursos para a implementação das políticas públicas, sendo que não é função típica, nos países capitalistas, o desempenho de atividades financeiras, por parte do Estado? Ora, em decorrência da soberania que detém o Estado, pode este exigir dos indivíduos que contribuam financeiramente, custeando assim a execução de suas funções. Mostra-se então o poder de tributar como atributo da soberania que goza o Estado. Conforme Hugo de Brito Machado, “No exercício de sua soberania o Estado exige que os indivíduos lhe forneçam os recursos de que necessita. Institui o tributo. O *poder de tributar* nada mais é que um aspecto da soberania estatal, ou uma parcela desta.” (2004, p. 43, grifo original). Ressaltando a importância que os tributos possuem quanto a implementação dos direitos de segunda dimensão, afirma Hugo de Brito Machado (2004, p. 42) que “A tributação é, sem sombra de dúvida, o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver. Sem ele não poderia o Estado realizar os seus fins sociais, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica.” O tributo é um

aliado do Welfare State. Apesar do sempre presente argumento da insaciabilidade tributária do Governo, o tributo é a ferramenta pela qual serão angariados os recursos que serão utilizados na construção de casas, na compra de medicamentos, na construção de escolas, postos de saúde, bibliotecas, etc. se as prestações não estão compatíveis com a carga tributária a seara de discussão é outra que nada tem a ver com os tributos, mas com a má administração dos recursos advindos dos destes.

A administração dos frutos dos impostos é de extrema importância quando se fala na implementação de direitos prestacionais. A gestão deve ser feita de maneira responsável, pois do ato de administrar advém tanto o problema quanto a solução. Uma má administração pode gerar o problema de escassez, enquanto uma boa administração pode driblar a falta de recursos realizando o máximo possível. Se não há para todos, deve-se fazer o melhor com os recursos que se possui e cabe à Administração enfrentar este problema. Mas a quem compete auferir se está ou não se realizando uma boa administração? Pertence ao Poder Legislativo a análise das contas públicas com o auxílio dos Tribunais de Contas. Nesta análise, cabe ao Tribunal de Contas o estudo e a elaboração do relatório relativo ao exercício público da Administração e ao Poder Legislativo, o julgamento das contas, sendo parte, tal sistemática, do sistema de freios e contrapesos.

Além do Poder Legislativo, auxiliado pelos Tribunais de Contas a quem cabe a função de fiscalização da administração dos recursos públicos? A todos os cidadãos deste país. Pode parecer estranho que todos temos competência para fiscalizar o emprego dos recursos públicos, mas o Estado angaria recursos em nome dos cidadãos e é nome deles que os recursos são empregados, é em prol do bem estar da população que se move o Poder Público. Em um sentido mais profundo, o Estado somente existe para garantir, no sentido mais amplo, o povo. O controle exercido pelo cidadão vai além de sua figura unitária, mas se projeta em uma entidade forte; a sociedade. A pressão exercida pela sociedade através da opinião pública pode se mostrar mais eficiente que os meios jurídicos coercitivos. Através do clamor por mudanças, pode-se alcançar um patamar de mutabilidade da realidade mais profundo que o obtido por meio de ações judiciais.

Mas a simples denúncia da realidade pelos meios de comunicação, como se sabe, em nada pode mudar a realidade, se assim fosse, viver-se-ia em um país bem diferente do que se enxerga. Em nossos noticiários diários, encontram-se desde muito tempo as mesmas notícias. A quanto tempo sabemos das filas nos hospitais? Da falta de leitos na rede pública? Da falta de escolas? Da insegurança pública? Enquanto não se alcançar o sentimento de revolta

necessário à mudança, jamais esta será vista. Da mesma forma, pode-se dizer com relação ao pleito. Como se pode imputar a um povo sem educação que a mudança da realidade se dará nas urnas, com a escolha de candidatos comprometidos? Segundo dados do IBGE (2009a), em 2007, 9,90% das pessoas com mais de 15 anos de idade eram analfabetas e, em 2006, somente 50,99% (IBGE, 2009b) da população brasileira alfabetizada possuía um nível de escolaridade de, no mínimo, 8 anos de estudo. Ressalte-se que nesses oito anos de estudos muito poucos brasileiros tiveram aulas sobre o sistema eleitoral, sobre a votação de projetos de lei, sobre o funcionamento do Legislativo, do Executivo, etc. pergunta-se, como se esperar desse perfil de população uma atitude consciente nas urnas?

Outro ponto sobre a administração dos recursos públicos está no sistema montado em relação à fiscalização e à punição dos maus administradores. Detém o Ministério Público, além de outros elencados no art. 5º, I, II, III, IV, V da Lei 7.347 de 1985, a legitimidade para a proposição da Ação Civil Pública, que no caso em tela é a por improbidade administrativa. Prerrogativa garantida constitucionalmente no art. 129, III, de nossa Constituição. Assim configurada pela a Lei 8.429 de 1992, a improbidade ocorre no caso de atos de improbidade praticados contra o erário público, incluindo os atos que gerarem enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou que atentem aos princípios da Administração Pública. Em virtude de expressa disposição legal, a propositura da ação independe de dano ao patrimônio público e da aprovação ou não das contas públicas, assim se configurando um ato de improbidade, já é passível de ser atacado via ACPIA (Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa). O mais importante é que não visa somente à punição do agente, à reposição do *status quo* com a reposição ao erário da quantia retirada.

Outro meio, mas agora relativo ao cidadão singularmente falando, é a Ação Popular. Destinada nos casos em que o resultado da administração dos recursos públicos seja uma lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público. Assim, presta-se a ação para anular ato ilegal ou ilegítimo, omissivo ou comissivo lesivo ao patrimônio público ou de ente que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Ressalte-se que a ação popular não necessita que a lesão, a qual menciona o art. 5º, LXXIII, de nossa Constituição, haja ocorrido, já que se pode utilizar da Ação Popular como meio preventivo de proteção ao patrimônio público, para que se evite uma potencial lesão ao patrimônio. Como ressalta Hely Lopes Meirelles (2004, p. 130, grifo original) “A ação popular tem fins *preventivos e repressivos* da atividade administrativa *ilegal e lesiva ao patrimônio público*, [...]”, sendo assim “ Como meio *preventivo* de lesão ao patrimônio

público, a ação popular poderá ser ajuizada antes da consumação dos efeitos lesivos do ato; como meio *repressivo*, poderá ser proposta depois da lesão, para reparação do dano.”(MEIRELLES, 2004, p.130).

Além do critério lesão ao patrimônio público, deve estar presente o requisito da ilegalidade do ato. Deve este estar em desconformidade com a normatização. Conforme salienta Hely Lopes Meirelles (2004, p. 127, 128), “O desvio de poder da Administração, quando obedece a lei apenas formalmente, afastando-se de seus objetivos, já é há muito tempo considerado como modalidade de ilegalidade dentro do nosso Direito Administrativo, ensejador do cabimento de ação popular.”. Conforme visto, quando o administrador segue a lei, mas se afasta dos objetivos eleitos pelo legislador, comete ilegalidade.

Outro ponto importantíssimo da ação popular, que muito se relaciona com o tema da presente monografia, é que a

[...] ação popular pode ter a finalidade *corretiva da atividade* administrativa ou *supletiva da inatividade* do Poder Público nos casos em que devia agir por expressa imposição legal. Arma-se, assim, o cidadão para corrigir a atividade *comissiva* da Administração como para *obrigá-la a atuar*, quando sua omissão também redunde em lesão ao patrimônio público.(MEIRELLES, 2004, p.131)

Neste caso, mostra-se de grande importância para a implementação dos direitos sociais a ação popular quando se pode coibir o Poder Público a agir, quando este adota uma postura omissiva e desta resulte uma lesão ao patrimônio público. Imagine o exemplo de uma determinada comunidade sofrer com a falta de saneamento básico. Conforme o art. 23, IX, de nossa Constituição, compete à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Pensando-se que a inércia do Executivo em levar até esta comunidade saneamento básico pode resultar em uma lesão ao patrimônio público, à medida que, com saneamento, o governo economiza cerca de R\$ 4,00 por cada R\$ 1,00 investido, já que, por meio de medidas simples de higiene, evita-se um gasto desnecessário da rede pública de saúde, a ação popular seria hábil para que se pudesse obrigar o Executivo a agir neste sentido.

Relacionada também à capacidade de administração do Poder Público está o manejo de recursos de áreas que, em um sopesamento de relevância para a sociedade, pode-se evidenciar estarem abaixo dos direitos sociais. Configura-se assim em uma ação de emergência, em uma situação excepcional, autorizando o Estado a retirar recursos de outras áreas, quando os recursos para o custeio dos direitos sociais são insuficientes. O que é visto no tópico seguinte.

### **3.2 Como solucionar o problema da necessidade e possibilidade**

O binômio necessidade-possibilidade pode ser visto como o grande tormento do administrador público. A capacidade financeira juntamente com o Direito, são os dois grandes limitadores das ações estatais. Desse modo, em virtude da falta de recursos, deixa o administrador de fornecer prestações de melhor qualidade e uma abrangência maior.

A ação no seu sentido subjetivo cria no administrador o dever de procurar sempre um meio, dentro da legalidade, para realizar a ação objetiva. Quando se depara com a escassez de recursos, em virtude da ação subjetiva, deve o administrador procurar alternativas compatíveis com os fins almejados, decorrência do princípio da razoabilidade. A busca por rotas alternativas é inerente à função administrativa.

Quando o administrador se vê diante da situação de escassez de recursos, deve ele, então, diante da situação concreta, procurar encontrar uma solução adequada. Uma técnica possível é o remanejamento de recursos de outras áreas para a sustentação das prestações sociais do Estado. Atente-se que este caminho se presta a atender uma solicitação excepcional de um caso concreto e somente para o atendimento do mínimo existencial, nunca para um melhoramento da qualidade das prestações, que devem ser perseguidas mediante outras práticas, tais como: aumento da arrecadação, redução de gastos desnecessários, etc., e nunca com medidas desse caráter. Caso tal prática se mostre reiterada, o que inicialmente seria uma solução, pode prejudicar outras áreas da atuação estatal, que se verão tomadas de assalto, com frequência, sem que possam se organizar. Este remanejo de recursos deve ser feito pautado nos princípios constitucionais e na eleição de prioridades, devendo ser fundamentado por escrito, pois de tal atitude resultará lesão a outros direitos. A fundamentação servirá para se verificar posteriormente sua legalidade.

A eleição de prioridades é a principal ferramenta utilizada para o remanejo de verbas públicas. Em virtude da fundamentalidade das prestações fornecidas a título de direitos sociais, deve-se ter em mente que o seu não-fornecimento à população pode causar, em alguns casos, um prejuízo irreparável ao cidadão. Cabe então uma realocação de recursos de outras áreas no intuito de implementar os direitos sociais. Deve-se ficar atento que, em nosso país, tal situação já deixou de ser excepcional e se tornou cotidiana, o que leva a perceber que se é uma demanda constante, deve-se aumentar a destinação de recursos e não o remanejo feito pelo administrador. Assim, deve o Executivo, em acordo com o Legislativo, estudar a

proposta de uma maior verba para aquela área específica ou a criação de tributos com a finalidade de aumentar os recursos angariados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se observarem os dispositivos de nossa Constituição, relativos aos direitos de segunda geração, verifica-se que esta foi muito generosa ao prever diversos dispositivos de proteção e de maximização da eficácia dos direitos sociais. Colocou nossa Constituição os direitos fundamentais em posição de supremacia dentro de nosso ordenamento jurídico, constituindo-os como cláusulas pétreas. Com relação à discussão quanto a eficácia das normas concernentes aos direitos sociais, verificou-se que, mesmo as normas de eficácia limitada, as programáticas, não são destituídas de eficácia. Ainda que lhes falte o complemento normativo necessário para o seu gozo, não são destituídas de eficácia, ainda que ausente a normatização necessária, continuam imperativas por serem normas constitucionais e dotadas de supremacia vinculando e balizando à atuação da Administração.

Para que fosse dada uma maior capacidade prática, passou, o nosso constituinte, para os operadores do direito o papel de dar a máxima efetividade e uma aplicação direta e imediata aos direitos fundamentais. Foi de grande importância tal posicionamento de nossa Constituição, pois possibilitou uma proteção nunca vista em nosso constitucionalismo, gerando uma grande ferramenta de proteção aos direitos fundamentais. Além do mais colocou nossa Constituição os direitos fundamentais em um patamar elevado, dentro de nossa Constituição, a chamada supremacia dos direitos fundamentais, devido à fundamentabilidade de seu conteúdo. Sendo assim, mesmo que decidisse o poder constituinte reformador abolir de nossa Constituição os direitos fundamentais, não poderia, pois são os mesmos cláusulas pétreas, porque mais importante que os avanços em matéria de direitos fundamentais é não perder as posições já conquistadas. Nesse esteio, pode-se falar do efeito “cliquet” e da vedação ao retrocesso.

Outro ponto que demonstra a supremacia dos direitos fundamentais é seu caráter objetivo e subjetivo. Devido ao caráter objetivo, todo o ordenamento gira em torno dos direitos fundamentais, pois eles permeiam todo o sistema jurídico. Eles são o ponto principal do ordenamento jurídico brasileiro, além de gerarem direitos subjetivos aos destinatários, pois faz com que todos os atos da Administração respeitem os direitos fundamentais. Assim, mais que apenas distribuir benesses, tratou nossa Constituição de garantir meios e modos para que a imoralidade política não corrompesse esses direitos tão valiosos conquistados a duras lutas.

Constatou-se também que a atuação do Poder Executivo está bastante vinculada à atuação legislativa. Mas ao passo que está restrito às ordens legislativas, possui uma discricionariedade com relação à administração das verbas públicas. E, nessa zona de liberdade, deve-se ter cuidado com as decisões políticas da Administração, pois mesmo existindo liberdade de ação, em virtude do caráter objetivo e da supremacia dos direitos fundamentais, esta liberdade é limitada e deve estar em conformidade com a Constituição e com a legislação. Com relação ao Poder Legislativo, apesar de atuar sempre *in abstracto*, pode também frustrar a aplicação da Constituição quando perpetra as vistas omissões inconstitucionais. Quanto ao Poder Judiciário, percebeu-se que, dada sua importância para a garantia do Direito, suas funções foram potencializadas pelo Estado Democrático de Direito, assumindo então o controle de constitucionalidade e o de conformidade dos atos estatais. Não obstante garantir nossa Constituição a separação de poderes, sabe-se que em nosso país, onde falta no Estado vontade política para a valoração do ser humano e respeito à dignidade da pessoa humana, o Judiciário deve se colocar no lugar do Executivo e do Legislativo e exercer, em alguns casos, suas funções para que um bem maior não pereça; a dignidade da pessoa humana.

Viu-se que, com relação à administração dos recursos financeiros do Estado, todos os cidadãos podem exercê-la de diversas formas, seja separadamente ou em conjunto transfigurados como sociedade. A fiscalização é a grande solução contra a má-administração de recursos públicos contra a corrupção que assola este país. Percebe-se que o grande problema da implementação dos direitos sociais não é a questão financeira, mas a ausência de vontade política para sua real efetivação, apesar de serem direitos que demandam uma maior movimentação financeira, pois são direitos, na sua maioria, positivos. O que mais obsta sua implementação é a postura adotada pelos nossos administradores e a corrupção que devora os recursos do Estado. A impossibilidade financeira de efetivação dos direitos sociais é a consequência e a corrupção e a má administração são a causa.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10, ed. Brasília: editora universidade de Brasília.1999.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- ALEXANDRINO, Marcelo ; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Direito administrativo descomplicado**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios 1992/2007**. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/series\\_estatisticas/exibedados.php?idnivel=BR&idserie=ECE304](http://www.ibge.gov.br/series_estatisticas/exibedados.php?idnivel=BR&idserie=ECE304)>. Acesso em: 13 maio 2009a
- \_\_\_\_\_. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios 1992/2006**. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/series\\_estatisticas/exibedados.php?idnivel=BR&idserie=ECE353](http://www.ibge.gov.br/series_estatisticas/exibedados.php?idnivel=BR&idserie=ECE353)>. Acesso em: 13 maio 2009b
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Mecanismos constitucionais de proteção dos direitos fundamentais perante os (ab)usos da internet**. Anais do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Disponível em:<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Ana%20Maria%20DAvila%20Lopes.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2011.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes**. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 24. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 26. ed. atual. e comp. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Controle de constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

MODENA, Ana isabel; BRUNO DA SILVA, Alexandre Antonio. **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. Anais do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2237.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2237.pdf) > Acesso em: 10 janeiro 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PASSOS, Thais Bandeira Oliveira; PESSANHA, Vanessa Vieira. **NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS? A TEORIA DE OTTO BACHOF. Anais do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/thais\\_bandeira\\_oliveira\\_passos.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/thais_bandeira_oliveira_passos.pdf). Acesso em: 10 janeiro 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

## **APÊNDICE**

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARA**

PROJETO DE PESQUISA

**A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS  
SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO  
POSSÍVEL**

Sandro Miotto Tavares

Fortaleza – CE  
Setembro, 2011

## 1 DEFINIÇÃO DO PROBLEMA

Os direitos sociais, compreendidos os direitos econômicos, sociais, e culturais, tem a finalidade de garantir a todos uma igualdade material. Assim, tratando os iguais igualmente e os desiguais desigualmente pretende o Estado alcançar um estado de igualdade de condições entre os indivíduos. Os direitos fundamentais foram classificados em dimensões levando em conta o seu período de surgimento. Os de primeira dimensão representam as liberdades negativas ressaltando o princípio da liberdade, os de segunda dimensão são representados pelas liberdades positivas, ressaltando o princípio da igualdade, os de terceira dimensão consagrando os princípios da solidariedade e fraternidade.

Diferentemente dos direitos de 1ª dimensão, os direitos sociais, classificados como de 2ª dimensão, mais que uma abstenção do Poder Público, exigem na sua maioria uma atuação positiva na sua real efetivação. Toda atuação da Administração demanda gastos e despesas. Aqueles direitos que exigem apenas uma conduta de abstenção evidentemente são menos onerosos. Ocorre que os direitos sociais por demandarem uma prestação positiva, exigem também um maior dispêndio de recursos para sua concreção. Porém os recursos são finitos e sabe-se que não é possível a sua utilização de forma irresponsável, ou seja, que comprometa a subsistência do próprio Estado e a consecução do bem comum. A longo prazo tal conduta resultaria no caos geral em troca de uma ilusão passageira de bem-estar. Conclui-se que a atuação da Administração está vinculada ao binômio necessidade-possibilidade.

Esta atuação do Estado é balizada por diversos princípios dentre os quais o princípio da reserva do possível, segundo o qual os direitos e as políticas públicas devem ser implementadas, mas na capacidade que o Poder Público as suporta, ou seja, implementar aquilo que for possível. O que não deve ser interpretado como uma escusa do Estado em sendo irresponsável financeiramente não poder arcar com a sua efetiva implementação, mas sim como o administrador faz o que é financeiramente possível, o que invariavelmente o pressiona a fazer escolhas, a eleger prioridades dentro da sua atuação. Estas escolhas devem ser reguladas pelos demais princípios relativos à Administração Pública.

Através da análise destas ações do Estado, na implementação dos direitos de 2ª dimensão sob a ótica do princípio da reserva do possível, serão verificados os seguintes questionamentos:

1. Qual o papel da Constituição de 1988 na concretização dos direitos sociais?
2. Qual função de cada poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) na efetiva implementação dos direitos sociais?
3. Como administrar o problema necessidade-possibilidade dos direitos sociais?

## 2 JUSTIFICATIVA

Nossa Constituição, por ser dirigente, traz em seu texto normas que se revelam verdadeiro programa de ações para o Estado. Normas cujos os destinatários não são os cidadãos mas sim o próprio Poder Público. São objetivos, programas e caminhos a serem perseguidos pela Administração. Não são meras sugestões formuladas pelo constituinte à Administração, mas se revelam como ordens, das quais não se deve desviar nenhum dos três poderes sob pena de suas condutas serem contaminadas pelo vício da inconstitucionalidade.

Observa-se que é através da execução do que esta na lei que se movimenta o Estado. Porém, estas normas que trazem até nós os direitos sociais são na sua maioria normas de eficácia limitada, ou seja, normas que necessitam de um complemento normativo para que atinjam sua plena eficácia. Em decorrência do princípio da legalidade para que haja atuação estatal é necessário que hajam leis, previsão legal. Para que esta igualdade social desejada pelo constituinte originário não fique só no papel, é necessário que através de leis infraconstitucionais, as normas constitucionais alcancem a sua eficácia total e possam, efetivamente, serem trasladadas do plano abstrato para o plano fático.

É inegável a importância que possuem os recursos quando se fala no agir do Poder Público. Este nas suas ações encontra duas grandes barreiras: o Direito, representado pelas leis e garantias constitucionais; e as Finanças, representadas pelo binômio arrecadação-gastos. No seu agir deve o Estado observar estes dois parâmetros. Da não observância do primeiro decorre a nulidade da ilegalidade e do segundo parâmetro decorre a falência do Estado, inflação, recessão econômica dentre outras conseqüências não menos gravosas. Daí que se extrai a importância da pesquisa a ser realizada. Uma análise sobre a materialização destes direitos, que exigem uma atitude positiva da Administração, com a possibilidade de sua implementação.

### 3 REFERENCIAL TEÓRICO

Os direitos sociais compreendem aqueles direitos que tem por fim precípua a redução das desigualdades e a proteção dos hipossuficientes. Na definição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo “[...] os *direitos sociais* são aqueles que têm por objeto a necessidade da promoção da igualdade substantiva, por meio do intervencionismo estatal em defesa do mais fraco [...]” (2008, p.p. 94 e 95).

Na execução dos programas de governo, na efetivação dos direitos sociais, a sociedade se depara com o princípio da reserva do possível que autoriza o Estado a se escusar do cumprimento das normas e diretrizes constitucionais, que como bem foi ressaltado por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, somente quando este demonstrar a real impossibilidade de cumprimento. Assim o princípio da reserva do possível:

[...] tem como conseqüência o reconhecimento de que os direitos sociais assegurados na constituição devem, sim, ser efetivados pelo Poder Público, mas na medida exata em que isso é possível. É importante entender que esse princípio não significa um “salvo conduto” para o Estado deixar de cumprir suas obrigações sob uma alegação genérica de que “não existem recursos suficientes”. A não-efetivação, ou efetivação apenas parcial, de direitos constitucionalmente assegurados somente se justifica se, em cada caso, for possível demonstrar a **impossibilidade** financeira (ou econômica) de sua concretização pelo Estado. (2008, p. 223, grifo original)

Muito se discute acerca da eficácia das normas constitucionais e o grau de sua vinculabilidade. Paulo Gomes Pimentel Júnior em sua obra *Constituição e Ineficácia social* tratando brevemente acerca da eficácia das normas constitucionais traça um paralelo entre o conceito de eficácia jurídica e eficácia social. Segundo Geraldo Ataliba é “conceituada a eficácia dos atos jurídicos como a força ou o poder que têm e que lhes é atribuída pela ordem jurídica para produzir os efeitos desejados [...], que lhe são próprios; ou com a aptidão para produzirem efeitos jurídicos.” (*Apud* PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes, 2008, p.36) Assim sendo a eficácia no seu sentido jurídico diz respeito somente a capacidade, a possibilidade, de uma norma específica poder regular as situações nelas descritas, ou seja, de a norma por si só ser capaz de ser aplicável a determinada situação. A eficácia no seu sentido social diz respeito ao cumprimento da norma por parte do povo, ou seja sua efetiva observância. Assim descrita por Paulo Gomes Pimentel Junior (2008, p.p.36 e 37):

[...] tem o sentido de efetiva observância, respeito, cumprimento da norma por parte de seus destinatários. Convém mencionar aqui, que o cumprimento da norma pode ser voluntário ou por imposição, daí diferindo-se observância, que quer dizer que o

destinatário agiu em conformidade com a norma sem ter havido determinação sancionatória por seu descumprimento; imposição, que ocorre quando há uma conduta violadora da ordem legal, surgindo, assim, para manter ou restabelecer o preceito violado. Pergunta-se, neste termo, se a norma foi realmente obedecida, se a conduta de seus destinatários se ajustou, adequou-se, conformou-se àquela.

Prosseguindo-se em seu pensamento:

A mera desobediência individual não configura, entretanto, a ineficácia de uma norma, pois ao lado da conduta ilícita deve recair uma sanção a fim de restabelecer a ordem violada. O problema aparece quando, em havendo a desconformidade da conduta com a norma, não há uma sanção respectiva aplicada pelo aparelho competente. A norma fica, neste caso, em *estado* de ineficácia, ocorrendo uma disfunção. (GOMES, 2008, p.50)

Neste ponto é que reside o grande problema das normas de eficácia limitada. Pois ao passo que o Estado não as efetiva, ou seja, não se empenha em realmente cumprir os programas e diretrizes constitucionais e nem lhe fornece carga normativa suficiente para seu usufruto não se pode impor-lhe uma sanção direta pela sua inércia. As normas de eficácia limitada, apesar de não gerarem um direito subjetivo aos destinatários e de não obrigarem o Estado inerte a atuar, moldam o seu caminho e limitam o poder de agir da Administração. Caso o Estado aja em sentido contrário, esta conduta, por violar dispositivo constitucional, é inconstitucional, já que as normas de eficácia limitada, além de revogar toda legislação passada contrária as suas diretrizes somente permitem a entrada de novas normas que estejam em consonância com os seus ditames. Quando trata-se de normas de eficácia limitada, adentra-se, muitas vezes, no campo da discricionariedade, da conveniência e da possibilidade, o que é um problema grave, visto que relativiza a força normativa destas normas, o que leva Canotilho a afirmar que estas normas acabam por relativizar os direitos de 2ª dimensão por colocá-los sob diversas condições.

No campo dos direitos a prestações se evidencia, igualmente, a *aporia* da constituição dirigente: a um máximo de <desejabilidade constitucional> de direitos econômicos, sociais e culturais, corresponde, em geral, uma relativização dos mesmos direitos, derivada da *interpositio* necessária do legislador e da subordinação da efetividade constitucional à proclamada *reserva do possível* (em termos econômicos, sociais e, naturalmente, também políticos.) (CANOTILHO, 1994, p.365, grifo original)

Abordando o tema da vinculação do legislador, afirma Canotilho que as normas de eficácia limitada não se apresentam como mera sugestão ao legislador mas sim como ordens que o vinculam e o obrigam a legislar no sentido de concretizar os anseios constitucionais.

A natureza jurídico-constitucional das imposições legiferantes, a vinculação heteronomamente determinada do legislador e a caracterização do comportamento inconstitucional omissivo permitem já uma primeira conclusão: no Estado Constitucional Democrático o legislador está obrigado, normativo-constitucionalmente, à emanação das leis necessárias à concretização das imposições constitucionais. Reafirma-se: *omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante, existe quando o legislador não cumpre ou cumpre incompletamente o*

*dever constitucional de emanar normas, destinadas a actuar as imposições constitucionais permanentes e concretas* (CANOTILHO, 1994, p. 338, grifo original)

Neste mesmo sentido :

Estas normas são todas directivas constitucionais e assumem relevo de uma tripla forma: (1) como imposições, vinculando o legislador, de forma permanente, à sua realização; (2) como directivas materiais, vinculando positivamente os órgãos concretizadores; (3) como limites negativos, justificando a possibilidade de censura em relação aos actos que as contrariam. (CANOTILHO, 1994, p.315)

A partir do momento que o Legislador não cumpre as determinações constitucionais, pode-se dizer que está em mora com a sociedade e, para Canotilho, com relação aos direitos fundamentais, quando o legislador não atua, se mantém inerte, traz conseqüências tão nefastas quanto à violação dos mesmos e merece igual sanção.

*Não obstante ao dever jurídico-constitucional do legislador não corresponder uma pretensão jurídico subjectiva, autonomamente accionável, o legislador inactivo suporta uma censura jurídico-constitucional de violação de direitos fundamentais equivalente à antiga interferência ilícita no âmbito da liberdade e propriedade dos cidadãos.* (CANOTILHO, 1994, p. 369, grifo original)

Abordando um eventual direito a emanação de normas, nos esclarece Canotilho acerca das diversas conseqüências envolvidas nesse ato de transpor um dever de legislar ao direito à legislação. Primeiramente o direito a emanação de normas não se configura como um direito subjetivo de cada cidadão, exceto naqueles casos em que o legislador está expressamente vinculado pela constituição a legislar em determinado caso concreto. Caso seja entendido contrariamente entraríamos, como dito por Canotilho, na ditadura dos cofres vazios e na inflação de pretensões individuais em nossos tribunais, o que em nada avançaríamos com relação a efetivação dos direitos sociais, pois voltaríamos ao mesmo ponto, a não implementação, mas agora revestida de uma nova situação a incapacidade financeira do Estado para cumprir as decisões judiciais. A saída encontrada por Canotilho seria a configuração de um direito subjetivo público não exclusivo a cada cidadão, mas sim a toda coletividade, o que obrigaria o legislador a exercer sua função, não em decorrência do exercício de um direito subjetivo individual, mas em relação a um exercício de um direito subjetivo de todos os destinatários, através da eleição de determinados legitimados ativos para a impetração das ações necessária a resolução das omissões.

[...] ao contrário do que acontece com as acções constitucionais de defesa, não se exige aqui a demonstração de um direito subjectivo, lesado pela omissão; o controlo do acto omissivo abrange o não cumprimento das imposições constitucionais

criadoras de um dever de legiferação em face da comunidade dos cidadãos.  
(CANOTILHO, 1994, p. 345)

A problemática da efetivação dos direitos sociais passa em grande parte na identificação do grau de vinculabilidade e de eficácia destas normas e nos meios possíveis para a sua defesa.

## 4 OBJETIVOS

### GERAL \_\_\_\_\_

Analisar a concreção dos direitos sociais sob a ótica do princípio da reserva do possível.

### ESPECÍFICOS \_\_\_\_\_

1. Demonstrar a importância da constituição na concretização dos direitos sociais.
2. Abordar e comentar participação de cada poder e sua parcela de contribuição na efetivação dos direitos sociais.
3. Analisar os meios a serem utilizados na solução da questão necessidade-possibilidade.

## 5 HIPÓTESES

1. Dentro do constitucionalismo, os dogmas relativos aos direitos sociais sempre tiveram destaque, mais ainda após a constituição de Weimar, de 1919, sendo incorporados na formulação das constituições dogmáticas que lhe seguiram devido a sua importância. Como não poderia deixar de ser, nossa atual Constituição, inspirada nos ideais do *welfare state* também incorporou no seu texto disposições acerca dos direitos sociais, assim como nas Constituições de 1946, 1967, EC 1/69. Através de normas de eficácia limitada, determina a norma máxima os objetivos a serem perseguidos pelos administradores da *res pública* bem como institui conceitos e idéias penderes de regulamentação, de observância obrigatória e com força vinculante. Os direitos sociais, por serem considerados pela grande maioria da doutrina direitos fundamentais, são de aplicabilidade imediata. Sendo assim, a partir do momento em que não são efetivados, faz com que os administradores e responsáveis pela sua efetivação estejam em mora com a sociedade.

2. A Constituição de 1988 delegou competências específicas a cada um dos três poderes. Sendo parte do sistema de freios e contrapesos, cada poder tem o seu papel no atuar da máquina estatal. Assim cabe ao executivo empregar os recursos do Estado seguindo as orientações do legislativo, a este cabe legislar normas de caráter geral e de fiscalizar a utilização destes recursos com o auxílio dos Tribunais de Contas, relativamente ao judiciário foi lhe reservada a função de dizer o direito, ou seja, de avaliar a legalidade das condutas. Analisando todo o sistema, vemos que a implementação das políticas públicas, mais que uma função de apenas um dos poderes, demanda um trabalho em conjunto onde todos tem a sua parcela de contribuição. Não lhes é dada a faculdade de não agir, pois a omissão de qualquer um deles compromete todo o sistema levando a sua não implementação ou uma concretização deficiente.

3. Analisando-se a atuação da Administração percebe-se que ela age em várias frentes como segurança, educação, turismo, e etc, com destinação de recursos a cada uma dessas atividades. A administração destes recursos pressupõe a realização de escolhas. Assim, a eleição de prioridades entre as atividades do Estado mostra-se ser a solução mais adequada para o problema da escassez de recursos.

## 6 ASPECTOS METODOLÓGICOS

### **I. Quanto ao tipo:**

As hipóteses do trabalho monográfico serão investigadas mediante pesquisa:

Bibliográfica, buscando explicar o problema através da análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita, que envolva o tema em estudo.

### **II. Quanto à utilização e abordagem dos resultados:**

Quanto a utilização dos resultado será pura, tendo por finalidade aumentar o conhecimento do pesquisador para uma nova tomada de posição. Quanto à abordagem a pesquisa será qualitativa, com uma maior preocupação em aprofundar a compreensão das ações e relações humanas, sem critério estatístico.

### **III. Quanto aos objetivos:**

Será descritiva e exploratória, haja vista que se procura, primeiramente, descrever o objeto de estudo, entendendo-o, para, posteriormente, explorar sua temática, sem, contudo, procurar explicar o porquê de sua ocorrência.

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes. **Constituição e ineficácia social**. Curitiba: Juruá, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros.

## CRONOGRAMA

Durante a elaboração da Monografia será seguido o cronograma abaixo.

ATIVIDADES E PERÍODOS 2011 E 2012	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ	JAN
Rever o projeto						
Levantamento bibliográfico						
Fichamento bibliográfico						
Elaboração dos capítulos						
Relatório final						
Revisão do texto						
Defesa do trabalho final						

## POSSÍVEL SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO

- 1 A Constituição e a implementação dos dogmas sociais
  - 1.1 Classificação das normas constitucionais
    - 1.1.1 Quanto à eficácia
    - 1.1.2 Quanto à aplicabilidade
  - 1.2 Os direitos sociais nas constituições brasileiras
  - 1.3 Teoria da relativização dos direitos fundamentais
  - 1.4 Princípios constitucionais de interpretação.
  
- 2 Atuação dos três poderes na consecução dos direitos sociais
  - 2.1 Atuação do Poder Executivo
  - 2.2 Atuação do Poder Legislativo
    - 2.2.1 Omissões legislativas
    - 2.2.2 Direito à emanção de normas
    - 2.2.3 Vinculação Legislativa
  - 2.3 Atuação do Poder Judiciário
    - 2.3.1 Mínimo existencial
    - 2.3.2 Ações para a concretização dos direitos sociais
  
- 3 Problemática da implementação dos direitos sociais
  - 3.1 Possibilidade financeira
    - 3.1.1 Impossibilidade objetiva
  - 3.2 Como solucionar o problema necessidade-possibilidade?
    - 3.2.1 Eleição de prioridades
    - 3.2.2 Princípios constitucionais

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

### REFERÊNCIAS

### APÊNDICE

### ANEXOS