

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU ESPECIALIZAÇÃO
EM DIREITO CONSTITUCIONAL

GUILHERME AZAMBUJA FALCÃO NOVAES

A EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS
GARANTIDORAS DE DIREITOS SOCIAIS

SÃO PAULO/SP
2013

GUILHERME AZAMBUJA FALCÃO NOVAES

A EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS GARANTIDORAS DE DIREITOS SOCIAIS

Monografia apresentada à PUC/COGEAE,
como exigência parcial para aprovação no
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* –
Especialização em Direito Constitucional, sob
a orientação do Professor Renato Mehanna.

SÃO PAULO/SP
2013

GUILHERME AZAMBUJA FALCÃO NOVAES

**A EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS GARANTIDORAS
DE DIREITOS SOCIAIS**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, para a obtenção do grau de Especialização no Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Constitucional, pela Banca Examinadora, formada por:

Orientador Professor Renato Mehanna.

Membro da Banca

Membro da Banca

São Paulo, SP., 15 de janeiro de 2014.

RESUMO

Esta monografia é parte de uma pesquisa que analisa questões atinentes a eficácia e aplicação dos direitos constitucionais sociais cujo objeto é esclarecer a possibilidade jurídica de pleiteá-los em Juízo em benefício de uma sociedade mais livre, justa e solidária. Inicia-se o trabalho apresentando um panorama geral sobre as normas constitucionais. Discorre-se sobre os direitos fundamentais e sua aplicação, bem como a nova premissa de interpretação constitucional. Aborda-se a dificuldade da colisão entre as normas constitucionais e a judicialização dos direitos sociais hodiernamente, sobretudo a posição do Supremo Tribunal Federal e sua evolução na vigência da Constituição Cidadã. Indaga-se questões como o ativismo judicial e suas consequências, assim como as decisões concretizadoras de direitos sociais e seu benefício à população. Conclui-se o trabalho respondendo as indagações apresentadas e indicando um caminho a ser seguido para a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, principalmente de direitos sociais.

Palavras Chave: Direito Constitucional. Normas Constitucionais. Eficácia. Aplicabilidade. Direitos Sociais. Nova Premissa Hermenêutica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1. A EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	07
1.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	08
1.2 CONCEITO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	09
1.2.1 Características	12
1.2.2 Conteúdo Material	13
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICABILIDADE	16
2.1 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	18
2.1.1 Direitos Civis e Políticos	19
2.1.2 Direitos Sociais, Culturais e Econômicos	20
2.1.3 Direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural	21
2.2 APLICABILIDADE DAS NORMAS GARANTIDORAS DE DIREITOS SOCIAIS	22
2.2.1 Nova Premissa de Interpretação Constitucional	23
2.2.2 Normatividade e Realidade	25
2.2.3 A Normatividade dos Princípios	26
2.2.4 A Colisão das Normas Constitucionais	29
2.2.5 A Constitucionalização e Judicialização dos Direitos Sociais no Brasil	33
3 A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NA APLICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	37
3.1 ATIVISMO JUDICIAL	40
3.2 DECISÕES JUDICIAIS CONCRETIZADORAS DE DIREITOS SOCIAIS.....	42
4 CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

O direito constitucional está passando por uma revolução em seus dogmas, tendo em vista que as normas fixadas na Constituição não se tratam mais de normas gerais, pura e simples, mas, sim, de normas que devem ser respeitadas por todo o ordenamento jurídico e aplicadas de forma imediata buscando maior eficácia de seus mandamentos.

Essa nova interpretação constitucional está avançando cada dia mais e aumentando o acesso à justiça e, principalmente, a aplicação das normas constitucionais sociais em benefício de toda sociedade.

Na presente monografia, iremos tratar dessa evolução jurídica no direito constitucional social e suas consequências, desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 até a exegese que a Suprema Corte vem adotando atualmente.

Entretanto, importante ressaltar que essa nova hermenêutica ocorre, também, pela ampliação dos julgamentos que chegam ao Supremo Tribunal Federal, de modo que, hodiernamente, por maior que seja o esforço dos julgadores, o fornecimento da tutela do direito social tardio e moroso só traz prejuízo aos postulantes.

Assim, pertinente à concessão da tutela do direito ao termo justiça porque, nos dizeres de Rui Barbosa: “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta¹”.

Deste modo, o Tribunal Constitucional brasileiro adotou o posicionamento da eficácia das normas constitucionais para dar aplicabilidade aos direitos fundamentais sociais, caso contrário, estar-se-ia presente a prática do retrocesso jurídico e a ineficiência no Poder Judiciário em detrimento dos princípios norteadores da nossa Carta Política.

¹ BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**: Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

Nesse particular, percebe-se que ganha especial e basilar importância a aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para melhor compreensão e contextualização do tema, apresentar-se-á um panorama da classificação dos direitos fundamentais, as normas garantidoras de direitos sociais, normatividade e realidade, bem como a colisão das normas constitucionais e sua judicialização.

Como será abordada no presente estudo, a tutela dos direitos constitucionais pode ser dividida em várias espécies, sendo que, em vista do objetivo deste trabalho, tratar-se-á com maior acuidade das tutelas que versam sobre direitos fundamentais sociais.

Ao final, o presente trabalho apresentará ao leitor um adequado e apropriado entendimento quanto à aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, principalmente dos direitos sociais, de forma a proporcionar um roteiro bem definido a ser seguido pelo aplicador do direito que possui dúvida no momento da judicialização do objeto aqui pesquisado.

1 A EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

A fim de iniciar o estudo proposto, é necessário expor de maneira sucinta as primeiras noções sobre normas jurídicas.

Para tanto, mister a análise conceitual de normas jurídicas do professor Luis Roberto Barroso, que assim deixa claro:

As normas jurídicas são o objeto do Direito, a forma pela qual ele se expressa. Normas jurídicas são prescrições, mandamentos, determinações que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social. Dentre suas características encontram-se a imperatividade e a garantia.²

Em sentido quase idêntico, ensina Hans Kelsen³:

As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos.

Destarte, verifica-se que os conceitos de normas jurídicas se resumem a enunciados elaborados pelo Estado para fins de manter uma sociedade organizada e harmônica para uma vida em comum.

Indaga-se, o Estado obrigatoriamente deve elaborar tais normas?

Michel Temer⁴ explica que:

Mas, o que é o Estado? Consiste na incidência de determinada ordenação jurídica, ou seja, de determinado conjunto de preceitos sobre determinadas pessoas que estão em certo território. Tais preceitos imperativos encontram-se na Constituição.

Desta forma, o Estado para se organizar necessita das normas jurídicas para criar regras de comportamento, criando deveres e obrigações estatais, bem como para a sociedade, permitindo dentro de uma sistemática jurídica alcançar seus objetivos fundamentais para o progresso da nação.

² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**.: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo, p. 212, 4ª edição, 2013, Ed. Saraiva.

³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed., São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 81

⁴ TEMER, MICHEL, **Elementos de Direito Constitucional**. 23ª edição, revista e atualizada. 2010. Malheiros Editores, p. 17.

No Brasil, a Constituição Federal ocupa o mais alto nível hierárquico do sistema jurídico, devendo as demais normas jurídicas do ordenamento estar em conformidade com as determinações constitucionais para ter validade.

Logo, é de suma importância o estudo aqui proposto relativo a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

1.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição é a particular maneira de ser do Estado, no dizer de Celso Bastos.⁵

No caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada decorrente de uma Assembleia Constituinte que almejava um governo democrático e liberal, totalmente contrário ao governo que foi sucedido, que era altamente autoritário e inflexível.

Diante dessa alta rejeição governamental e um receio enorme dos militares voltarem ao poder de forma abusiva, a Assembleia Constituinte proferiu alta carga principiológica na Constituição vigente.

Mesmo com a ruptura ao governo militar e a promulgação da nova Carta Política, ainda assim, existia o temor da sociedade que o sucessor afrontasse as normas estabelecidas com imposições arbitrárias como no passado.

Razão esta capaz de fazer com que o constituinte originário fixasse tantos dispositivos garantidores de direitos fundamentais na Lei Maior a fim de implantar um modelo democrático de governo.

Destaca-se, a lição de Gomes Canotilho⁶:

"(...) o que precisamos decidir - antes de tudo - é se a Constituição há de ser uma lei do Estado, e só dele, ou o estatuto jurídico do fenômeno político em sua totalidade, ou seja, um plano normativo global que não cuide apenas do Estado, mas também de toda a sociedade."

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Malheiros. p. 38.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, Coimbra: Coimbra Ed., 1982, p.12.

Assim, motivada está a carga principiológica na Constituição Federal de 1988, que ficou conhecida como a Constituição Cidadã, denominação esta utilizada pelo nobre constituinte Ulisses Guimarães no momento de sua promulgação.

Logo, verifica-se a importância de nossa Constituição atual, que completou 25 (vinte e cinco) anos e realizou uma bem sucedida transação de um Estado autoritário, intolerante, para uma democracia constitucional.

Portanto, as normas jurídicas estabelecidas nesta Lei Fundamental estão enraizadas em um movimento democrático e garantidor de direitos aos seus cidadãos.

1.2 CONCEITO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

Não obstante, passaremos a tratar das normas jurídicas constitucionais, que são as determinações previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Advogamos juntamente com a doutrina mais moderna, que considera que todas as normas constitucionais, mesmo as de conteúdo subjetivo, são dotadas de eficácia plena.

Vale destacar os ensinamentos de José Afonso da Silva⁷, que reconhece a existência de dificuldades terminológicas que dificultam o estudo científico da eficácia das normas constitucionais e sua aplicabilidade.

Apesar disso, o autor deixa claro que o problema não é específico do Direito Constitucional, mas é decorrente da própria essência da ciência do Direito. O autor assevera que as normas constitucionais comporta uma classificação tricotômica: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; c) normas constitucionais de eficácia limitada.

A primeira teria aplicabilidade imediata, sem a necessidade de posteriores preceitos infraconstitucionais, uma vez que já possui os elementos necessários para sua aplicação.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. p. 63, São Paulo. Malheiros Editores, 2001.

Portanto, não pairam dúvidas sobre a eficácia e aplicabilidade de tais normas. Exemplo constitucional claro seria:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”

A segunda, teria sua eficácia contida, assim definida pelo próprio doutrinador⁸:

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

Desta feita, o legislador poderia limitar a norma constitucional que fora promulgada a fim de especificar, regulamentar e/ou restringir o preceito para melhor atender os anseios da coletividade.

O constituinte originário outorgou poderes ao legislador para tão somente limitá-la de acordo com o sistema jurídico nacional, contudo, esta norma constitucional produz efeitos e tem aplicabilidade imediata.

Por conseguinte, o Estado deve respeitar tais mandamentos e se acreditar necessário, poderá atuar ativamente a fim de restringir o alcance daquela norma, mas nunca retirar sua eficácia e esvaziar o sentido da mesma.

A terceira é a norma de eficácia limitada, que a doutrina conservadora, para nós ultrapassada, acredita que somente com a atuação do legislador infraconstitucional poder-se-ia dar aplicabilidade aos dispositivos constitucionais com essas características.

José Afonso classifica esta última em normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípio institutivo e definidoras de princípio programático:

As normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo contém apenas o começo, o esquema geral de determinado órgão, entidade ou instituição. A efetiva criação, organização ou estruturação fica a cargo de normatização infraconstitucional na

⁸ Op. cit.7, p 115.

forma prevista pela Constituição. Como exemplo, cita-se art. 33 “A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos territórios. [...] As normas constitucionais de princípios gerais ou normas-princípios são as normas fundamentais das quais as outras são apenas desdobramentos. Como exemplo, o autor cita o caput do art. 1º da Carta Magna e o art. 2º.⁹

Luis Roberto Barroso¹⁰ também divide as normas constitucionais de eficácia limitada em normas definidoras de direitos e as definidoras de princípio programático:

As normas constitucionais definidoras de direitos são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo o jurisdicionado no poder de exigir do Estado - ou de outro eventual destinatário da norma - prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados. [...] As normas constitucionais programáticas traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigir comportamentos comissivos, mas inventem-nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas.

Deste modo, diante das duas classificações, conclui-se que a norma constitucional de eficácia limitada, na verdade, também, possui aplicabilidade e eficácia imediata.

Observa-se a doutrina supra que tais normas em algumas hipóteses não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas veda o estado de qualquer ato contrário as referidas normas, ou seja, produzindo efeitos perante terceiros.

Portanto, determinadas normas poderão ter seu alcance majorado e expandido no sistema jurídico, mas alegar que não produz efeitos em razão da dependência de integração infraconstitucional seria uma inverdade.

Vale salientar os dizeres de Luíz Virgílio Afonso da Silva¹¹ que tem argumentos totalmente contrários a classificação tricotômica:

⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. p. 119, São Paulo. Malheiros Editores, 2006.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**.: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo, p. 224-225, 4ª edição, 2013, Ed. Saraiva.

¹¹ SILVA, Luíz Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2005. RDE. Revista de Direito do Estado. p. 326-327.

Se tudo é restringível, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de restrições a direitos - logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida ou restringível; além disso, se tudo é regulamentável e, mais do que isso, depende de regulamentação para produzir todos os seus efeitos, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de regulamentações a direitos - logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada.

Desta forma, verifica-se que o assunto não é de fácil classificação, mas advogamos no sentido de que todas as normas constitucionais têm aplicação e eficácia imediata, pois estas, independente de atuação do legislador infraconstitucional, geram efeitos perante terceiros, positivos ou negativos.

1.2.1 Características

As normas constitucionais não são apenas normas jurídicas como qualquer outra, mas são normas com características particulares que a elevam a um patamar de superioridade no sistema jurídico brasileiro, conforme narrado acima.

Destaca-se as características das normas constitucionais no entendimento de Luis Roberto Barroso¹²:

Há um conjunto de elementos e de fatores que dão a elas singularidades dignas de registro, dentre os quais se podem assinalar: a) sua posição no sistema; b) a natureza da linguagem que utilizam; c) seu conteúdo específico; e d) sua dimensão política.

Percebe-se que tal norma desfruta da supremacia constitucional, ou seja, sua posição no sistema jurídico é a de mais alta patente, devendo todo o ordenamento jurídico estar em conformidade com seus preceitos.

A natureza da linguagem constitucional é em sua grande parte norma geral, devendo nortear o legislador infraconstitucional na busca de soluções dos casos concretos que a sociedade almeja.

Hodiernamente, a abertura da linguagem constitucional permite a mutação normativa dando um maior alcance na aplicação de um dispositivo sem

¹² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**.: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo, p. 221, 4ª edição, 2013, Ed. Saraiva.

mesmo alterá-lo literalmente, isto porque, a natureza da linguagem constitucional admite a incorporação de novos valores e circunstâncias impostas nos dias atuais, permitindo uma renovação dentro dos seus pilares democráticos.

Por conseguinte, tratamos do seu conteúdo específico, vez que as normas têm estrutura, objeto e finalidade específicas, demonstrando a maioria das vezes como normas de organização, mas também como normas programáticas e definidoras de direitos.

Por derradeiro, a dimensão política das normas constitucionais que as caracterizam não somente como uma ordem jurídica, pura e simples, mas também pelo fato político que se passa no caso concreto.

Neste contexto, a Corte Constitucional vem utilizando dessa característica em certas circunstâncias buscando dar efetividade as normas constitucionais, todavia, recebe diversas críticas sobre o assunto em razão de estarem supostamente legislando positivamente, o que não seria sua função, ocasionado o ativismo judicial. Este tema será melhor tratado em seguida.

1.2.2 Conceito Material

A Constituição Federal, como dito acima, é composto de normas estabelecidas na Assembleia Constituinte a fim de promover a organização e o desenvolvimento de um Estado e uma vida harmônica em sociedade.

A doutrina conceitua de diversas formas as normas constitucionais, contudo, iremos esclarecer o conceito material e sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

Gilmar Ferreira Mendes¹³ leciona que:

Isso posto e levando em conta que, do ponto de vista lógico, toda norma que se encontra na Constituição é norma constitucional e que, por isso, a Constituição formal é, também, a Constituição material, a que serve de expressão, podemos dizer que uma primeira classificação das normas constitucionais se assenta na dicotomia *normas constitucionais formais/ normas constitucionais materiais*, a despeito da inexistência de critério seguro e objetivo

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. rev. e atual. São Paulo. p. 46. Ed. Saraiva. 2009.

que nos permita identificar, *a priori* e com validade absoluta, o conteúdo essencial ou, se preferirmos, a matéria própria de toda norma constitucional. Afinal de contas, ao que saibamos, não existe nada que, por natureza, possa reputar-se constitucional e, assim, valer como critério para se *constitucionalizar* o que quer que seja."

Nota-se que a norma materialmente constitucional é de difícil identificação, não possuindo um critério absoluto para tanto.

Desta forma, a doutrina e a jurisprudência vem avançando ao passar dos anos para evitar qualquer tipo de alteração constitucional drástica capaz de causar o retrocesso jurídico e/ou desconstituir o modelo escolhido pela Assembleia Constituinte.

Luis Roberto Barroso¹⁴ agrupa as normas materialmente constitucionais da seguinte maneira: "*a) normas constitucionais de organização; b) normas constitucionais definidoras de direitos e; c) normas constitucionais programáticas.*"

As demais normas, que não possuírem essas características, seriam apenas formalmente constitucionais, ou seja, não necessitaria de sua inclusão no texto fundamental, tampouco, estariam sobre o manto das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º da CF/88).

O grande número de dispositivos na Constituição se deve a transação política que o Estado brasileiro se encontrava no momento da promulgação da nova Carta, isto é, da ditadura para democracia.

Ademais, o constituinte originário trouxe ao texto fundamental diversos assuntos que poderiam ser tratados na esfera legislativa, ou seja, para o processo político ordinário e majoritário.

Contudo, a Assembleia Constituinte preferiu sobrecarregar a Carta Política para que não ocorresse uma nova tomada do governo pelos militares, o que ocasionaria uma afronta a democracia e ao Estado Democrático de Direito que estava se buscando implantar naquele momento.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**.: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo, p. 223, 4ª edição, 2013, Ed. Saraiva.

Desta forma, a fim de garantir direitos à sociedade e evitar uma nova ditadura, a Lei Maior ficou sobrecarregada de normas, entretanto, o constituinte derivado tem o poder de modificar à Constituição caso necessário, devendo apenas cumprir com os requisitos pré-fixados na própria Lei Fundamental.

Para melhor exemplificar, o Brasil já editou 76 (setenta e seis) emendas à constituição no decorrer de 25 (vinte e cinco) anos.¹⁵

¹⁵ Brasil. Sítio Eletrônico do Planalto. **Portal Online**. Acesso em 7/1/2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICABILIDADE

No capítulo anterior forneceu-se um cenário geral sobre as normas constitucionais, bem como sua evolução ao longo do tempo. Agora, é necessário apresentar alguns conceitos e distinções sobre os direitos fundamentais, sua aplicabilidade, normatividade e colisões no caso *in concreto*.

Os direitos fundamentais foi reconhecido na Carta Política como o núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana, nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes¹⁶.

Direitos que devem ser considerados o pilar da Constituição Federal de 1988, merecendo ser compreendidos e aplicados empiricamente a fim de resguardar a sociedade de atos ilegais e arbitrários do Estado, conforme o §1º do art. 5º da Lei Fundamental¹⁷, por isso da denominação Constituição Cidadã.

Deste modo, para a instituição de um Estado Democrático de Direito, como o Brasil objetiva em seu texto constitucional, dever-se-á assegurar os direitos fundamentais proclamados pela Assembleia Constituinte aos seus cidadãos.

Esse posicionamento vem progredindo, mundialmente, podendo ser comprovado através de várias ações garantidoras dos direitos fundamentais desde o século XVIII, como a Declaração de Direitos da Virgínia, a Declaração Francesa, sobretudo com o *Bill of Rights*.

E, mais recentemente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotou e proclamou pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, pensamento similar:

Artigo II. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. rev. e atual. São Paulo. p. 265. Ed. Saraiva. 2009

¹⁷ CF/88. Art. 5º [...] § 1º. **As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata**

Artigo III. Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.¹⁸.

Logo, se torna visível a evolução histórica dos direitos fundamentais, sendo que os Estados se sentem coagidos a positivar na Lei Fundamental tais direitos a fim de promovê-los e garantir aos indivíduos mecanismos para sua aplicação imediata.

Não apenas a aplicação dos princípios fundamentais é de vital importância para essa evolução, mas, sobretudo, a teoria dos princípios adequada ao direito democrático que possa guiar essa aplicação de maneira justa.

Vale destacar a teoria do autor Robert Alexy¹⁹:

apenas uma teoria dos princípios pode conferir validade adequada a conteúdos da razão prática incorporados ao sistema jurídico no mais alto grau de hierarquia e como direito positivo de aplicação direta. [...] E como mandados de otimização os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. Isto significa que podem ser satisfeitos em diferentes graus e que a medida da sua satisfação depende não apenas das possibilidades fáticas mas também das jurídicas, que estão determinadas não apenas por regras, mas também por princípios opostos"

Assim, os princípios fundamentais se tornaram mandamentos de otimização que devem ser aplicados na maior medida possível nos casos concretos.

Portanto, os direitos fundamentais deixam de ser um direito natural inerente ao indivíduo se tornando um direito constitucionalizado, positivado e de alta relevância no ordenamento jurídico.

Ressalta-se que tal posicionamento não se distancia dos ensinamentos de Norberto Bobbio²⁰:

¹⁸ Sítio eletrônico: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 25/12/2013.

¹⁹ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 208. Tradução livre do seguinte trecho: "sólo una teoría de los principios puede conferir adecuadamente validez a contenidos de la razón practica incorporados al sistema jurídico en el más alto grado de jerarquía y como derecho positivo de aplicación directa."

²⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos. 1992. p.4.

a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão da perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade (...) no início da idade moderna.

Deste modo, não resta dúvida que o constitucionalismo contemporâneo tem dado mais eficácia e aplicabilidade aos direitos fundamentais, assim, reconhecendo o valor dos direitos do indivíduo perante o Estado.

Vale destacar que a Suprema Corte vem contribuindo nesse enredo, em razão de vários julgamentos proferidos que adotaram o posicionamento baseado na defesa dos direitos fundamentais em benefício da coletividade, gerando mais segurança jurídica aos seus suplicantes²¹.

Portanto, percebe-se que os direitos fundamentais assumem uma importância relevante no sistema jurídico brasileiro, hodiernamente, onde o Estado reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos e, depois, deveres perante o Estado.

Nota-se que é dever do Estado cuidar das necessidades da coletividade para uma vida em comum, *a priori*, do que a imposição de obrigações para a sociedade.

2.1 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Inovando em relação ao modelo anterior, a Constituição Brasileira manteve a preocupação com a proteção dos direitos fundamentais de primeira dimensão, ou seja, direitos civil e políticos, com os de segunda dimensão, chamados direitos sociais econômicos e culturais e, também, acrescentou a preocupação com a tutela dos direitos humanos de terceira dimensão, também denominados de direitos de solidariedade, direitos de fraternidade, ou ainda de direitos metaindividuais²².

²¹ Precedente Supremo Tribunal Federal: RE 581352; RE 763667; RE 637485; ARE 639337; ADPF 132; SL 47; STA 175; ADPF 130; HC 93050; RE 410715; HC 85237; ADI 1675.

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Ao se tratar da classificação dos direitos fundamentais, o estudo se torna cada vez mais interessante, pois é uma difícil tarefa em razão da complexidade que envolve o tema e, ainda, de fatores culturais existentes em cada território.

Konrah Hesse²³ ensina que:

a validade universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade. A razão é bem conhecida: o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos.

Por conseguinte, cada Estado tem sua concepção de direitos fundamentais, dependendo de suas características, particularidades, tudo que envolva a história daquela nação.

Nada obstante, o intérprete deve sempre fundamentar, com coerência, a medida de aplicação dos direitos fundamentais nos casos concretos, principalmente, os que estão pautados em tratados internacionais e positivados no texto constitucional.

Destarte, os direitos fundamentais são, historicamente, divididos em gerações ou dimensões, como alguns doutrinadores o fazem, que serão detalhados nos subtópicos a seguir.

2.1.1 Dos Direitos Cíveis e Políticos

Os direitos fundamentais da primeira geração surgiram na Revolução Francesa, tratando-se de direitos de liberdade, ou seja, referem-se aos direitos cíveis e políticos que cada indivíduo possui, sendo uma resposta ao Poder Público, que utilizava de meios escusos para mitigar ou vedar o indivíduo de usufruí-los.

Trata-se de direitos que limitam a atuação do Estado na liberdade individual, caracterizando-se mais pela atitude negativa por parte do Poder Público na vida do cidadão.

²³ HESSE, Konrad. **Significado de los derechos fundamentales**. in Benda e outros. Manual de derecho constitucional. Madrid. Marcial Pons. 1996. p. 84-85.

Ressalta-se que o presente tema foi incluído no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, obtendo a aprovação na XXI Assembleia Geral da ONU, no dia 16 de dezembro de 1966.

A orientação que era traçada nos Pactos Internacionais normalmente eram cumpridas pelos Estados aderidos à ONU, mas o Brasil formalizou a inclusão desse Pacto, juridicamente, em 1992, com o Decreto nº 592²⁴.

Exemplo de direito fundamental de primeira geração em nossa Carta Magna são os direitos à vida, à liberdade e à igualdade, todos expostos no art. 5º, *caput*.

2.1.2 Direitos Sociais, Culturais e Econômicos

Não menos importante, os direitos da segunda geração surgiram derivados do princípio da igualdade, isto é, iniciou-se sua aclamação buscando o reconhecimento das liberdades sociais (sindicalização e o direito de greve) no final do século XIX.

Os direitos de segunda geração ficaram mais conhecidos como direitos sociais, culturais e econômicos.

Esses direitos tinham cunho especialmente trabalhista e buscavam a tentativa do Estado agir, positivamente, para favorecer as liberdades que eram apenas formais.

O Estado tinha positivado os direitos dos trabalhadores, mas, de fato, não geravam a garantia do efetivo gozo de tais direitos.

Na época, a industrialização gerou vários movimentos socialistas que reivindicavam o progresso dos direitos fundamentais da segunda geração, mais notadamente, para atribuir a atuação do Estado para a realização da justiça social.

²⁴ Brasil. Sítio eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em 25/12/2013.

Verifica-se que nos direitos de primeira geração, os indivíduos buscavam a intervenção negativa do Estado para obstar qualquer atitude arbitrária que violasse o direito individual do cidadão.

Na segunda, se buscava a atuação positiva do Estado, para disponibilizar os direitos não apenas formalmente, mas, sim, gerar instrumentos/meios do indivíduo usar e gozar de seu direito fundamental.

Logo, em razão das várias reivindicações realizadas pelos movimentos sindicais, os trabalhadores lograram êxito e o Estado alterou sua ideologia perante os trabalhadores que começaram a gozar de seus direitos já positivados no ordenamento jurídico.

Exemplo na Lei Maior desses direitos sociais, culturais e econômicos compreende o direito ao trabalho, à habitação, à saúde, à educação e ao lazer, todos no art. 6º, *caput*.

2.1.3 Direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.

Os direitos englobados na terceira geração pertencem a todos os indivíduos, tratando-se de direitos difusos, da coletividade, de grupos, vez que não são compreendidos para o homem isoladamente.

Tem-se, nessa geração, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural, denominados "direitos de solidariedade".

Esses direitos ainda se encontram em desenvolvimento e sua positivação é mais encontrada em Tratados Internacionais do que nas próprias constituições.

Observa-se que o direito da terceira geração caminha para a busca do bem comum, se preocupando com a coletividade e o meio que habitamos, em razão de que os direitos individuais já foram conquistados e consolidados no constitucionalismo contemporâneo.

O momento atual nos leva a crer que necessitamos de mecanismos de implementação para o progresso dos direitos de solidariedade.

Insta salientar que as três gerações são harmônicas e se comunicam, não sendo capazes de revogar direitos já conquistados durante sua evolução, assim, perfeitamente cabível um direito de primeira geração ter o seu sentido adaptado ao da terceira, mas não esvaziado pela norma mais recente.

Gilmar Ferreira Mendes²⁵ explica que:

Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão.

Portanto, conclui-se que essas gerações são cumulativas, devendo ter a unicidade na aplicação de todos os direitos fundamentais aqui tratados para o bem da sociedade e do próprio Estado.

2.2 APLICABILIDADE DAS NORMAS GARANTIDORAS DE DIREITOS SOCIAIS.

O tema da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais foi difundida mundialmente por vários anos e sendo objeto de reflexões importantes para sua melhoria.

A doutrina mostra-se apta para desenvolvimento desta teoria, bem como os precedentes dos Tribunais Superiores, haja vista que gera um respaldo ainda maior sobre a matéria.

O doutrinador Gomes Canotilho, em 1982, em sua tese de doutoramento, já entendia que a Constituição dirigente era *"entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem diretivas e estatuem imposições"*²⁶.

No Brasil, historicamente, o texto constitucional não era levado tão a sério, pois apresentavam várias normas que não passavam de utopia estatal, isto é, mandamentos constitucionais que estavam longe da realidade social.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. rev. e atual. São Paulo. p. 268. Ed. Saraiva. 2009

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2001. p. 224.

A Constituição, nesse contexto, tornava-se uma mistificação, um instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não seriam honradas²⁷.

Por isso, o avanço da doutrina e posterior consolidação da jurisprudência referente a efetividade normativa constitucional foi extremamente importante para a evolução institucional no sistema jurídico brasileiro.

Os direitos sociais encontram-se em desenvolvimento em nosso país, tendo em vista que a Carta Política disponibilizou instrumentos para viabilizá-los e o próprio governo vem implantando ações afirmativas a fim de diminuir as desigualdades existentes em nossa sociedade.

Por isso, o Estado cada vez mais se mostra ativo e menos omissor diante dos dispositivos constitucionais que não servem apenas como norteadores do ordenamento jurídico, mas, como determinações fundamentais e vinculantes ao Estado, assim, devem ser cumpridas em benefício da coletividade.

Nesse sentido, enfatizamos no presente estudo a efetividade e aplicabilidade das normas garantidoras de direitos fundamentais sociais.

2.2.1 Nova Premissa de Interpretação Constitucional

O direito constitucional era aplicado, anteriormente, apenas como um norte para a legislação infraconstitucional, pois apresentavam normas gerais que estavam longe da realidade, se mostrando muito mais ilusórias do que mandamentos ou determinações a serem concretizadas.

Desta forma, o conceito da norma constitucional evoluiu juntamente com o modelo aplicado pelos Estados constitucionais democráticos. Sabe-se que a mais importante característica do constitucionalismo fomentou essa nova premissa de interpretação constitucional que é a sua efetividade.

Nota-se que as normas constitucionais são verdadeiras garantias individuais de direitos perante um Estado omissor e/ou autoritário, uma vez que atribuiu obrigações e deveres ao Estado para com a sociedade, deixando, assim,

²⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Constituinte e a Constituição que teremos**. 1985. p. 44.

de ser simples normas do sistema jurídico interno, mas, mandamentos a ser cumpridos.

Caso o Estado desobedeça tal ordem, o próprio texto constitucional disponibiliza mecanismos para a atuação estatal ativa ou negativa, vedando qualquer tipo de violação a Lei Fundamental.

Luis Roberto Barroso explica que:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais.²⁸

Destarte, o chamado pós-positivismo comentado acima faz parte de um constitucionalismo contemporâneo, que apesar de seu conceito ser o mesmo de sempre, mostra-se mais interessado na eficácia e aplicabilidade das normas, notadamente dos direitos fundamentais.

Fato é que existe eficácia jurídica em todas as normas constitucionais, bem como nos direitos fundamentais, hoje positivados, possuindo em maior e menor intensidade de aplicação dependendo do caso *in concreto*.

Em razão das normas criarem direitos subjetivos públicos à sociedade, o texto constitucional gerou deveres ao Estado de cumprir com determinados preceitos que antigamente não possuíam caráter imperativo.

Andréas J. Krell²⁹ assevera que "*a interpretação dos direitos sociais não é uma questão de lógica, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo*".

Deste modo, a nova premissa de interpretação constitucional se deu principalmente pela mudança ideológica da doutrinação que deu efetividade as

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª edição. 2009. Ed. Saraiva. p. 327.

²⁹ KRELL, Andréas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris. Editor. 2002. p. 51

normas constitucionais, bem como a normatividade de seus princípios a fim de reconhecer a concretização desses direitos fundamentais.

2.2.2 Normatividade e Realidade

A normatividade das normas constitucionais estavam aquém da realidade nas constituições passadas, diferentemente da atual Constituição Federal.

Percebe-se que a Carta Política de 1988 resgatou os valores para um ideal coletivo, enfatizando os direitos fundamentais e sociais para o bem da coletividade.

Destarte, é possível verificar que o direito e a ética voltaram a se comunicar, empiricamente, demonstrando um avanço no constitucionalismo brasileiro. A Assembleia Constituinte pensando no progresso da população, carregou o texto de princípios e regras plausíveis e capazes de se manterem no tempo.

Não obstante, o constituinte originário criou instrumentos que permitem ao legislador infraconstitucional, de acordo com a linguagem constitucional aberta, uma liberdade para realização de propostas discricionárias do administrador a fim de concretizar as políticas públicas essenciais ao cidadão.

Assim, objetivando um papel ativo do Estado, a imperatividade das normas constitucionais se desenvolveram e gerou um avanço dogmático e institucional no sistema jurídico brasileiro.

A norma constitucional com imperatividade e pela característica de superioridade sobre as demais normas, se torna, de fato, uma coação ao governo, pois este tem o dever de prestar serviços essenciais à sociedade que estão previsto na Lei Maior sob pena de omissão estatal.

Cumprе destacar que o Estado atualmente vem aproximando a realidade normativa a seu tempo, conforme o pensamento de Konrad Hesse³⁰:

³⁰ HESSE, Konrad. **La fuerza normativa de la Constitución**, in Escritos de derecho constitucional. 1983, p.75.

A Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo. Esta é uma evidência que não se pode ignorar. Mas ela não se reduz à mera expressão das circunstâncias concretas de cada época. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre as norma e a realidade uma tensão permanente, de onde derivam as possibilidades e os limites do direito constitucional, como forma de atuação social.

Portanto, dever-se-á aplicar e dar maior intensidade às normas constitucionais para sua eficácia, obedecendo o constituinte originário na incessante busca do desenvolvimento nacional e por uma sociedade mais livre, justa e solidária como exposto no artigo 3º da Constituição Federal.

2.2.3 A Normatividade dos princípios

Os princípios constitucionais normalmente ocupavam uma posição inferior as normas jurídicas dentro de um sistema jurídico, pois tinham apenas características de orientação, sendo uma fonte subsidiária do Direito.

Entretanto, em razão da evolução do constitucionalismo, considera-se atualmente que todas as normas estabelecidas na Constituição Federal possuem eficácia jurídica e devem ser aplicadas.

Esse pensamento iniciou com a doutrina de Robert Alexy:

o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são *mandados de otimização* enquanto que as regras tem o caráter de *mandados definitivos*. [...] apenas uma teoria dos princípios pode conferir validade adequada a conteúdos da razão prática incorporados ao sistema jurídico no mais alto grau de hierarquia e como direito positivo de aplicação direta.³¹

Deste modo, o autor elevou o princípio ao *status* de norma constitucional e, ainda, criou uma teoria para aplicá-lo empiricamente, sendo um avanço na exegese constitucional.

Contudo, a referida classificação da norma em regra e princípio possuía hierarquia, isto é, esta última era considerada inferior à regra, por isso, não poderia existir a colisão entre regras e princípios, uma vez que não estão no mesmo patamar, prevalecendo a regra sobre o princípio nos casos práticos.

³¹ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 162.

Nota-se que esse entendimento de normatização dos princípios se deu com sua positivação no texto constitucional, assim, possibilitando a sua efetivação e o seu tratamento como norma.

Dworkin³² assevera que:

a distinção entre regras e princípios tem natureza lógica e pode ser definida pela natureza da orientação que oferecem para o caso. Assim, as regras são aplicadas da maneira do tudo-ou-nada, de forma que “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”

Deste modo, Alexy e Dworkin divergem em seus pensamentos no sentido de que o último defende que não só as regras podem levar a uma única resposta correta, mas também os princípios, pois poderia ser justificada através de uma teoria substantiva que contenha princípios e ponderações que melhor atenda ao texto constitucional.

Verifica-se, desta forma, que a classificação das normas constitucionais se dividem em regras e princípios pelos dois autores, podendo concluir que o princípio ganhou, de fato, relevância jurídica e se equiparando a regra constitucional e, conseqüentemente, eficácia jurídica.

De outro lado, Maria Helena Diniz³³ não atribui normatividade aos princípios, mas não descarta a possibilidade de ser utilizada como fonte jurídica:

(...) eles suprem a deficiência da ordem jurídica, possibilitando a adoção de princípios gerais de direito, que, às vezes, são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico.

Logo, os princípios possuem uma flexibilidade de aplicação diferente das regras, as quais podem ser usadas com a intensidade adaptada ao caso concreto, buscando valores e/ou fins a serem alcançados obedecendo todo o ordenamento jurídico. A doutrina e jurisprudência vêm encampando no mundo jurídico que tanto os princípios quanto as regras são dotados de eficácia jurídica.

³² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.39.

³³ DINIZ, Maria Helena. **A Ciência Jurídica**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 456.

Vale destacar alguns precedentes dos Tribunais Superiores³⁴ dessa nova hermenêutica constitucional:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA.

[...]

4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que "a saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196).

5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida.

6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.

[...]

(RMS 11183/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/08/2000, DJ 04/09/2000, p. 121)
(grifo nosso)

[...]

HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais.

[...]

Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67.

Ordem deferida.

(HC 12547/DF, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/06/2000, DJ 12/02/2001, p. 115)

³⁴ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Portal Online**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=12547&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC3. Acesso em 28/12/2013.

Salienta-se também parte do Voto do Ministro Celso de Mello em julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004)..³⁵.

Extrai-se dos precedentes acima a mudança de exegese referente aos princípios constitucionais, haja vista a nova interpretação constitucional que os equipara as regras e dá efetividade as todas as normas.

O Estado tem o dever de cumprir com as determinações constitucionais, não sendo qualquer argumento capaz de mitigar ou obstar o cumprimento de mandamento de ordem constitucional.

Denota-se que essa nova interpretação baseia-se em princípios, sendo aplicáveis com a intensidade que necessita o caso concreto, assim, possibilitando que a justiça seja alcançada.

2.2.4 A Colisão de Normas Constitucionais

Na nova interpretação constitucional também existe seu ônus, ou seja, quando verifica-se a colisão de normas constitucionais.

Tanto na doutrina quanto na jurisprudência, os intérpretes destacam que não existe hierarquia das normas, regras e princípios, diante da unicidade da Constituição.

³⁵ Brasil. Supremo Tribunal de Federal. **Portal Online**. APDF 45/DF. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Informativo/STF nº 345/2004. Julgado em 29/04/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições). Acesso em 29/12/2013.

Em um sistema jurídico de regras e princípios, cabe ao intérprete proceder a subsunção (fato - norma) e aplicar dentro das possibilidades e limitações as normas constitucionais oferecidas no sistema.

Normalmente, as regras são mais objetivas, direcionadas as situações específicas para a realização de uma conduta, diferentemente dos princípios, que possuem um maior teor de abstração.

Por isso, no momento que verificar que um fato pode apresentar mais de uma norma constitucional a ser aplicada e estas serem antagônicas, estar-se-á presenciando um conflito de normas constitucionais.

Luis Roberto Barroso classifica esse entrelhecho em três tipos: "a) *colisão entre princípios constitucionais*; b) *colisão entre direitos fundamentais* e; c) *colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais*"³⁶.

Essa colisão deve ser solucionada fundamentada no próprio ordenamento jurídico. A colisão entre princípios constitucionais na jurisprudência brasileira vem sendo resolvida na maioria das vezes através da teoria de Robert Alexy, ou seja, pela teoria da ponderação:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas³⁷.

Portanto, a aplicação dos princípios não necessitam ser do *tudo ou nada* como nas regras, mas, sim, mediante a intensidade que o caso concreto exige por situações de fato.

Esta teoria deve ser aplicada com cuidado, ou seja, o Juiz deve fundamentar o motivo de manter uma norma em detrimento de outra demonstrando argumentos jurídicos capazes de alcançar tal fim.

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**, p. 356, 4ª edição, 2013, Ed. Saraiva

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 1997. p. 86.

Observa-se no julgamento do Habeas Corpus 82424³⁸, de relatoria do Ministro Moreira Alves, a notória colisão de normas constitucionais e seu julgamento fundamentado:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). [...] 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

Logo, deve-se reconhecer aos princípios a importância ou o peso a ser aplicado ao caso tratado, de maneira fundamentada, e, assim, quando forem

³⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Portal Online**. HC 82424. julgado em 17/09/2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em 30/12/2013.

antagônicos, mediante ponderação, dever-se-á dar a intensidade que cada um merece, conforme precedente supracitado.

No caso de conflitos de direitos fundamentais, de certa forma, deve-se aplicar a mesma teoria da ponderação descrita acima, pois dependerá de cada caso, por exemplo, pode o intérprete em uma oportunidade reconhecer a liberdade de expressão em detrimento do direito de imagem e a honra, todavia, em outro *hard case* - casos que existam conflito de normas constitucionais - ter a aplicabilidade dos princípios invertidos em razão da peculiaridade da demanda ajuizada.

Deste modo, a colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais devem buscar a proteção do interesse público ou do interesse coletivo, característica em desenvolvimento como narrado no tópico dos direitos da solidariedade, de terceira geração.

Assim, verifica-se que a doutrina moderna desenvolve a tese que nem os direitos fundamentais são absolutos, podendo estes serem mitigados para uma aplicação de maior intensidade de determinado princípio sobre outro fundamental, diante do conflito no caso concreto, mediante a teoria da ponderação.

Similar a teoria de Alexy, observa-se o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, que consiste na ponderação entre as vantagens e os prejuízos causados pela adoção de uma determinada medida.

Nos ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho³⁹, obtém-se o tríplice fundamento na observação do princípio da proporcionalidade, divisão esta provocada na doutrina alemã, qual seja:

- a) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; b) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; c) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006. p. 31.

De acordo com o princípio da proporcionalidade, deve o intérprete observar os três requisitos supracitados para alcançar uma conclusão mais harmoniosa e justa no sistema jurídico.

No caso de colisão de normas constitucionais, deve-se buscar uma solução do meio menos gravoso ao texto constitucional, ou seja, aplicando com maior intensidade as normas que melhor atende ao caso concreto.

A razoabilidade deve ser aplicada sopesando os aspectos qualitativos, tais como, social, econômico, cultural e político, sem afastar as normas jurídicas. Dever-se-á utilizar de meios adequados de modo a alcançar um fim que seja razoável, moderado e sem excessos.

Desta feita, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade deve ser aplicado com moderação, devidamente fundamentado, para buscar o fim pretendido em conformidade com o ordenamento jurídico vigente, tendo em vista que é tratado como princípio implicitamente constitucional.

Portanto, ressalta-se que as teorias apresentadas não exime o intérprete de argumentar, por isso, deve-se demonstrar a razão de que está se aplicando um princípio com mais intensidade do que o outro, para que o exame da argumentação desenvolvida legitime a decisão tomada no caso debatido.

2.2.5 A Constitucionalização e judicialização dos direitos sociais no Brasil

A Constituição Federal que fora promulgada em 1988 é notadamente prolixa, isto é, seu texto constitucional é extenso e acaba por gerar vários direitos e deveres ao Estado e ao indivíduo.

Neste sentido, em razão da nova dogmática constitucional que vem dando efetividade a todas as normas constitucionais, princípios e regras, a judicialização dos direitos sociais vem se tornando cada vez mais rotineiro.

Além disso, a representação processual por entidades e/ou associações que buscam a tutela de direitos coletivos fomentam o acesso à Justiça, que está em desenvolvimento no Brasil.

Atualmente, as pessoas têm consciência de seus direitos e caso terceiro os viole, os indivíduos se socorrem ao Poder Judiciário a fim de sanar eventual prejuízo suportado ou mesmo a tutelar um direito na iminência de ser afrontado por outrem.

Desta feita, percebe-se que houve um aumento significativo de demandas no judiciário brasileiro, sendo inovadoras as ações que envolvam questões de políticas públicas e sociais, uma vez que eram conceituadas como normas programáticas, ou seja, não possuíam eficácia imediata.

Isto porque a Carta Política possibilitou através de mecanismos jurídicos a tutela de tais direitos nos casos que não forem disponibilizados pelo Estado em favorecimento da coletividade e, principalmente, pela nova premissa de interpretação constitucional.

Por isso, a atuação ativa do Poder Público se torna cada vez mais imprescindível, vez que tem a obrigação de cumprir com as normas constitucionais, incluindo as normas programáticas.

Assim, verifica-se que a doutrina do constitucionalismo moderno dá a legitimidade democrática ao Poder Judiciário para atuar de forma ativa, caso necessário.

Destaca-se parte do Voto do Ministro Celso de Melo que assim assentou:

A jurisdição constitucional legitimou-se, historicamente, pelo inestimável serviço prestado às duas ideias centrais que se fundiram para criar o moderno Estado democrático de direito: constitucionalismo (*i.e.*, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular e governo da maioria). O papel da corte constitucional é assegurar que todos esses elementos convivam em harmonia, cabendo-lhe, ademais, a atribuição delicada de estancar a vontade da maioria quando atropela o procedimento democrático ou vulnera direitos fundamentais da minoria. Um bom exemplo do que se vem de afirmar foi a decisão do STF reconhecendo o direito público subjetivo, assegurado às minorias legislativas, de ser instaurada Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI dos Bingos). Diante da inércia dos líderes partidários em indicar representantes de suas agremiações, a Corte concedeu mandado de segurança para que

o próprio Presidente do Senado designasse os nomes faltantes. (STF - MS 24.831/DF - publicado DJU 04/08/2006).⁴⁰

Logo, o direito constitucional legitima cada vez mais o Tribunal Constitucional, para que de maneira harmoniosa possa garantir os direitos fundamentais de todos os indivíduos no caso que o Estado seja omissor ou sua atuação seja insuficiente para garantir os direitos estabelecidos na Lei Fundamental.

Denota-se nos direitos sociais a necessidade daqueles que estariam a precisar da prestação estatal imediatamente e não poderiam aguardar o Executivo na elaboração de novo orçamento a ser implementada e assegurado o seu direito.

O Poder Público deve se organizar e criar mecanismos de aprimoramento para atender as determinações constitucionais idealizadas e impostas pelo constituinte originário.

Falar em usurpação do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais seria totalmente descabido, uma vez que a Suprema Corte atua ativamente para reafirmar a própria essência do Estado, impondo ao Poder Público a cumprir com suas obrigações constitucionais.

A falta de vontade política e a insatisfação de algumas classes prejudicam a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, tendo em vista a possibilidade de perder votos em ações contrárias a alguma base eleitoral, tornando o Judiciário a solução para a aplicação dos mandamentos da Lei Maior.

Luis Roberto Barroso conceitua ativismo judicial como:

[ativismo judicial] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva⁴¹.

⁴⁰ Brasil. Supremo Tribunal de Federal. **Portal Online**. MS 24.831/DF. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgado em 29/04/2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>. Acesso em 30/12/2013.

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. **Artigo "O Ativismo Judicial e o Estado Brasileiro"**. Disponível em http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf

Portanto, o Supremo Tribunal Federal tem um papel fundamental para conter a violação destas normas, senão estar-se-ia a coadunar com o retrocesso jurídico e prejudicando demasiadamente o constitucionalismo em seu progresso empírico, pois o texto constitucional se tornaria uma utopia jurídica, sem efetividade e aplicabilidade.

3 A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NA APLICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O Supremo Tribunal Federal atua hodiernamente de maneira independente e isenta, o que vem ajudando na evolução jurisprudencial para a aplicação dos direitos fundamentais sociais pleiteados pela sociedade.

Sabe-se que os Tribunais Constitucionais são pressionados, por inúmeras vezes, pela questão política que acarretará suas decisões, todavia, referente a aplicabilidade dos direitos sociais, a política adotada pela Suprema Corte é de garantir ao indivíduo o que a Lei Maior estabeleceu desde 1988.

Isto restou demonstrado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 410715, de relatoria do Ministro Celso de Mello⁴², que ocorreu no ano de 2005:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.

[...] Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

⁴² Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Portal Online**. RE 410715 AgR. Julgado em 22/11/2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acesso em 31/12/2013.

Verifica-se que o Poder Judiciário, no caso concreto, ordenou o Estado a disponibilizar uma vaga para criança menor de seis anos em uma creche a fim de cumprir com determinação constitucional que assegura o direito à educação para todos.

Nota-se que a alegação de que o Judiciário não poderia, em tese, interferir nas questões do Executivo à respeito do princípio da separação dos poderes, bem como tal interferência provocaria aumento na receita orçamentária do ente federativo ou mesmo referente a tese da "reserva do possível", todas estas já foram superadas pela nova hermenêutica constitucional.

O intérprete deve se precaver, principalmente, sobre a tese da reserva do possível, vez que este argumento jurídico não é absoluto para justificativa da omissão estatal objurgada.

Canotilho defende que a plena efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais deve ser observada segundo os parâmetros da “reserva do possível”:

“Não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente, uma vez que, no Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui. Noutras palavras, não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito.”⁴³

Assim, os direitos sociais demandam uma atuação positiva do Estado com investimentos a serem feitos de acordo com o determinado em seu orçamento para poder ter aparo na reserva do possível.

⁴³ SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. **A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 52, jul. 2007.

Desta forma, o Magistrado até poderia negar provimento nos casos de indivíduos que pleiteiam a aplicação de direitos sociais, desde que apresentasse argumentos concretos de que o Estado pratica ações, ativamente, para cessar tal deficiência estatal.

Salienta-se que os direitos sociais são indispensáveis para um bom desenvolvimento social, tais necessidades são apontadas pela própria sociedade, assim, a não efetivação desses direitos reflete negativamente na sociedade, causando sensação de injustiça.

Os direitos sociais alicerçados no conceito de dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial exige limites consubstanciados na Constituição. O Poder Judiciário poderá, sim, efetivar os direitos fundamentais respeitando as limitações impostas pelo texto constitucional.

Cumprir advertir, desse modo, que a reserva do possível - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentabilidade⁴⁴.

Em razão da alta relevância dos direitos fundamentais sociais, o texto constitucional atribuiu o dever de todos os Poderes garantir esse fundamental preceito que beneficia toda à sociedade.

Assim, o Judiciário, como guardião da Constituição, poderá efetivar a determinação constitucional no caso de omissão do Poder Público, isto é, poderá coagir o Estado a cumprir a Lei Maior caso seja provocado pelo indivíduo que fora lesado.

A efetividade e aplicabilidade das normas constitucionais devem ser concretizadas, não podendo o Poder Público descumprir os encargos político-jurídicos que sobre ele incidem um caráter mandatário.

⁴⁴ PORT, Otávio Henrique Martins. **Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública**. RCS Editora Ltda. 2005. p. 105.

Portanto, a característica imperativa da norma constitucional e principalmente a essencial fundamentabilidade dos direitos sociais legitimam o Poder Judiciário a adotar provimentos jurisdicionais para concretizar o direito fundamental tutelado, política que não deve ser tomada como ativismo judicial, mas, sim, como garantidores e concretizadores dos direitos sociais.

3.1 ATIVISMO JUDICIAL

É preciso salientar que o texto constitucional estabelece limites e as possibilidades de implementação dos direitos sociais.

Nesse tópico, tornar-se-á ainda mais claro a legitimidade do Tribunal Constitucional em implementar e/ou concretizar os direitos sociais através de provimentos jurisdicionais nos casos em que o Estado descumpra os preceitos fundamentais aqui tratados.

Os desafios impostos ao Poder Público em nossa Carta Política não deve servir de simples promessa constitucional, deve, sim, servir de mandamentos a serem cumpridos diante de sua imperatividade.

Cumprir ressaltar que o Poder Judiciário não tem a função de executar ou mesmo decidir as políticas públicas a serem adotadas pelo Executivo, contudo, no caso de descumprimento de preceito fundamental, o Judiciário deve assegurar o direito violado ao indivíduo prejudicado.

Victor Abramovich e Cristian Courts⁴⁵ asseveram nesse sentido:

Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y - en caso de hallar divergencias - reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Cuando las normas constitucionales o legales fijen pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida. Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un diálogo entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos.

⁴⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Trotta. 2004. p. 251.

Portanto, no ramo da saúde, por exemplo, o Estado deve garantir a prestação de saúde à coletividade através de seu sistema único de saúde (SUS), sendo que a sociedade é possuidora de direitos e capaz de pleiteá-lo caso não seja disponibilizado de maneira adequada.

Percebe-se em parte do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF⁴⁶ o mesmo entendimento:

Desnecessário acentuar-se, considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausentes qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Conclui-se que os direitos de 2ª geração - econômicos, sociais e culturais - são de todos, devendo o Estado agir de maneira positiva, notadamente nos direitos sociais, a fim de disponibilizar o melhor atendimento à sua população.

A Constituição Federal prevê expressamente a existência dos direitos fundamentais sociais - artigo 6º - e, ainda, especifica seu conteúdo e forma de prestação - artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217 e outros.

Ademais, o §1º, do artigo 5º da Lei Maior, assevera que normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.⁴⁷

Neste diapasão, não há dúvida que a efetividade das normas constitucionais juntamente com a interpretação sistemática da Lei Fundamental direciona o intérprete a concluir pela aplicabilidade imediata dos direitos sociais.

Desta forma, observa-se que o Poder Judiciário evoluiu o seu entendimento e vem adotando a nova hermenêutica constitucional que busca dar a maior efetividade as suas normas de forma harmônica e eficaz.

⁴⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. APDF/DF 45. DJ 4-5-2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>. Acesso 3/1/2014

⁴⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. RT Mini Códigos. Organização Yussef Said Cahali. 13ª edição. São Paulo. RT. 2011.

A alegação de que o Judiciário estar-se-ia usurpando o poder do Executivo de administrar ou do Legislativo de legislar, ocasionando o ativismo jurídico, é, ao meu ver, inverídico nos casos dos direitos fundamentais sociais.

A Suprema Corte enfatiza bastante em seus julgados a importância e o respeito pelo princípio da separação dos poderes, todavia, o mesmo não poderia se quedar inerte, principalmente, nos casos que tratam de direitos fundamentais sociais e sua inadequada implementação pelo Executivo.

O texto constitucional determina que seja aplicado os direitos fundamentais de forma imediata, disponibiliza mecanismos para sua concretização, assim, resta vedado ao Estado utilizar de mera alegação que por falta de recursos não poderá cumprir com as determinações constitucionais.

Desta forma, nos casos da efetividade dos direitos fundamentais sociais não há se falar em ativismo judiciário, mas, sim, respeito à Constituição Federal que dispõe de normas imperativas e devem aplicá-las imediatamente.

3.2 DECISÕES JUDICIAIS CONCRETIZADORAS DE DIREITOS SOCIAIS

O Supremo Tribunal Federal vem atuando de maneira protetora e garantidora dos direitos fundamentais sociais.

Observa-se no julgamento do Recurso Extraordinário 195.192-3/RS⁴⁸, ocorrido no ano de 2000, que esta Corte já acentuava a linha mais garantidora dos direitos fundamentais sociais:

MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

⁴⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Portal Online**. RE 195192. Relator Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. Julgado em 22/02/2000. DJ 31-03-2000. Acesso em 4/1/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>. Acesso em 4/1/2014.

No mesmo sentido, foi a decisão do RE-AGR 255.627-1⁴⁹:

Saúde. Medicamentos. Fornecimento. Hipossuficiência do paciente. Obrigação do Estado. Regimento não provido.

Denota-se que os precedentes acima enfatizam que esta responsabilidade - direitos sociais - é solidária, sendo obrigação de todos os entes federativos disponibilizar os direitos fundamentais sociais.

O desrespeito à Constituição não pode ser mantida pelo Judiciário, principalmente pela Corte Constitucional, pois tal comportamento negativo (inércia/descumprimento) deve ser repudiado e repellido pelo Supremo Tribunal Federal.

Decorrente desta omissão constitucional que originou a judicialização dos direitos sociais, se mostra patente a ineficácia e insuficiência de políticas públicas adotadas pelo Executivo que são insatisfatórias à população.

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen⁵⁰ esclarece:

(...) o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

Desta forma, não resta dúvida que o administrador público deve buscar o bem-estar e a justiça social, devendo, assim, cumprir notadamente com as determinações de ordem constitucional em razão de sua superioridade no sistema jurídico brasileiro e de seu caráter mandamental.

Vale transcrever outro precedente do Tribunal Constitucional brasileiro utilizando-se dessa nova hermenêutica:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - **FORNECIMENTO GRATUITO**

⁴⁹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 255627 AgR. Relator Min. Nelson Jobim. Segunda Turma. Julgado em 21/11/2000. DJ 23-02-2001. Acesso em 4/1/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365054>

⁵⁰ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas - A Responsabilidade do Administrado e o Ministério Público**. Max Limonad. p. 95.

DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. **A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.** - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR.** - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.[...].⁵¹ (grifo nosso)

Veja que o Judiciário apenas impõe ao Poder Público o cumprimento de obrigação estatal previsto no texto constitucional, nada além disso.

⁵¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Portal Online**. RE 393175 AgR - Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/12/2006. DJ 02-02-2007. Acesso em 5/1/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>

Desta forma, destaca-se a posição do decano Ministro Celso de Mello na Suprema Corte, que demonstra em seus precedentes o entendimento da efetividade imediata dos direitos fundamentais sociais. Precedentes: RE 556.886/ES (adenocarcinoma de próstata); AI 457.544/RS (artrite reumatóide); AI 583.067/RS (cardiopatia isquêmica grave); RE 393.175-AgR/RS (esquizofrenia paranóide); RE 198.265/RS (fenilcetonúria); AI 570.455/RS (glaucoma crônico); AI 635.475/PR (hepatite "C"); AI 634.282/PR (hiperprolactinemia); RE 273.834-AgR/RS (HIV); RE 271.286-AgR/RS (HIV); RE 556.288/ES (insuficiência coronariana); AI 620.393/MG (leucemia mieloide crônica); AI 676.926/RJ (lipoparatireoidismo); AI 468.961/MG (lúpus eritematoso sistêmico); RE 568.073/RN (melanoma com acometimento cerebral); RE 523.725/ES (migatia mitocondrial), além de outros.

Salienta-se que mesmo com a positivação dos direitos sociais no texto constitucional, é notória a insuficiência de implementação de políticas públicas no Brasil, por isso, cada vez mais se torna rotineira a judicialização dos direitos fundamentais sociais.

No mesmo sentido, se reveste o direito à educação, que foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal recentemente, assim ementado:

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL,

MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.⁵²

Conclui-se que o direito público subjetivo - direitos sociais - também possui eficácia e imperatividade, podendo o indivíduo acionar o Judiciário para exigir o cumprimento destas, mesmo sem intervenção do legislador infraconstitucional.

O constituinte originário quis proteger o indivíduo do administrador público que omite ou retarda o cumprimento de suas obrigações, estas previstas expressamente na Lei Maior.

Por isso, é inquestionável a posição do Poder Judiciário que ordena o Estado a praticar as políticas públicas pleiteadas em juízo diante de sua insuficiência/incompetência administrativa.

Não se pode amparar o ato negativo do Poder Público referente a implementação de políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, pois estar-se-ia a confrontar a autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.484/DF⁵³, o Ministro Celso de Mello assim entendeu:

“(...) DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA.

- O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório - infringe, com esse

⁵² Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Portal Online**. ARE 639337 AgR. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23/08/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em 5/1/2014.

⁵³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.484/DF. Julgado em 21/08/2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1484%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bangaen>. Acesso em 6/1/2014.

comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional.

Percebe-se que a tese de que essas normas seriam apenas programáticas, dependentes de legislação infraconstitucional ou de ações positivas do Executivo, ou seja, que seriam discricionários ao administrador, foram notadamente ultrapassadas.

O Poder Público deve ter consciência do caráter imperativo das normas constitucionais e aplicá-las de forma imediata, conforme entendimento adotado pelo Judiciário, que demonstra em seus precedentes a evolução doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

Portanto, mostra-se evidente a tese adotada pela Suprema Corte dando eficácia, notadamente, as normas de direitos fundamentais sociais, sendo a Corte Constitucional totalmente legítima para tanto.

4. CONCLUSÃO

A necessidade de se fornecer o direito de forma célere, igualitária, eficaz e justa é medida impositiva na sociedade contemporânea, especialmente se regida por um Estado Democrático de Direito.

O constitucionalismo democrático adotado pelo Brasil evolui notadamente, conforme demonstrado acima, no decorrer desses vinte e cinco anos de Constituição, avançando cada dia mais a fim de dar efetividade e aplicabilidade as normas constitucionais.

Neste contexto, a dogmática constitucional aparenta ter um novo entendimento em razão do caráter mandamental de suas normas, sendo que a classificação tricotômica de Jose Afonso da Silva restringia a aplicabilidade imediata de algumas normas, a meu ver, indevidamente.

Vale destacar a importância dos direitos fundamentais, hodiernamente, tendo em vista sua notória evolução de gerações/dimensões, estas que são cumulativas, a fim de efetivar as normas constitucionais na busca do bem social e uma vida mais digna à sociedade.

No Brasil, ocorre um progresso evidente na questão da colisão de normas constitucionais, pois diante da nova hermenêutica aplicada, as normas que estão estabelecidas na Constituição estão sob o mesmo patamar hierárquico, regras e princípios, por isso a dificuldade quando existe a colisão de normas que se mostram antagônicas no casos em concreto.

A teoria da ponderação de Robert Alexy⁵⁴ se mostra um caminho correto a ser adotado pela Suprema Corte:

Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da idéia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros Editores. 2008. p. 511-512.

decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar.(...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento de princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais de competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.

Sabe-se que a teoria supra deve ser aplicada com cautela e, principalmente, com argumentos jurídicos coerentes para se chegar a conclusão proferida pelo intérprete.

Não pode-se admitir a utilização desse mecanismo para esvaziamento de norma preterida por outra, pois estar-se-ia afrontando o texto constitucional e o próprio instrumento legal de sopesamento de normas.

Por isso, o Estado deve cumprir com suas determinações constitucionais para evitar a judicialização ocorrida atualmente no Brasil, uma vez que esta é apenas apreciada quando o Estado é omissor ou pratica políticas públicas insatisfatórias à sociedade.

Desta forma, a posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em dar eficácia e aplicabilidade aos direitos fundamentais sociais é extremamente admirável, do ponto de vista ético e jurídico.

O Tribunal Constitucional brasileiro é legítimo e apto através de seus provimentos jurisdicionais de dar aplicabilidade e efetivar os preceitos que estão previstos na Lei Maior, sendo esta casa a guardiã da Constituição.

Assim, as decisões judiciais concretizadoras dos direitos sociais devem ser respeitadas, pois não afrontam qualquer norma constitucional, tampouco o princípio da separação dos poderes com tanto alega o Estado.

Tais decisões mostram que estamos em permanente desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito que visa uma sociedade mais justa, livre e solidária.

Por derradeiro, entendemos que seria pertinente para avançarmos nessa busca pela efetividade das normas jurídicas no Brasil, um sistema único de cooperação entre os entes federativos a fim de implantar políticas públicas e ações afirmativas para a disponibilização à todos dos direitos fundamentais sociais.

Espera-se ter contribuído para o estudo da eficácia e aplicabilidade das normas garantidoras de direitos sociais que tratam da dificuldade do Estado disponibilizar tais direitos com qualidade e de maneira eficaz a toda coletividade. A nova premissa de interpretação constitucional foi essencial para o avanço jurisprudencial e dogmático do tema, assim, aguarda-se o progresso do Poder Executivo na adoção de políticas públicas mais consistentes e isonômicas.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. Oração aos Moços: Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.**: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo, p. 212, 4ª edição, 2013, Ed. Saraiva.

_____, _____, p. 224-225.

_____, _____, p. 221.

_____, _____, p. 223.

_____, _____, p. 356.

_____, Interpretação e Aplicação da Constituição, Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª edição. 2009. Ed. Saraiva. p. 327.

_____, Artigo "**O Ativismo Judicial e o Estado Brasileiro**". Disponível em http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed., São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 81

TEMER, MICHEL, **Elementos de Direito Constitucional**. 23ª edição, revista e atualizada. 2010. Malheiros Editores, p. 17.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Malheiros. p. 38.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Ed., 1982. p.12.

_____, _____, 2001. p. 224.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo. Malheiros Editores. 2001. p. 63.

_____, _____, p 115.

_____, **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. p. 119, São Paulo. Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. 2005. RDE. Revista de Direito do Estado. p. 326-327.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição. rev. e atual. São Paulo. p. 46. Ed. Saraiva. 2009.

_____, _____, p. 265.

_____, _____, p. 268.

Sítio eletrônico:

http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 25/12/2013.

Brasil. Sítio Eletrônico do Planalto. Portal Online. Acesso em 7/1/2014. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 208. Tradução livre do seguinte trecho: "*sólo una teoría de los principios puede conferir adecuadamente validez a contenidos de la razón practica incorporados al sistema jurídico en el más alto grado de jerarquía y como derecho positivo de aplicación direta.*"

_____, _____, p. 162.

_____, **Teoría de los derechos fundamentales**. 1997. p. 86.

_____, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros Editores. 2008. p. 511-512.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. RT Mini Códigos. Organização Yussef Said Cahali. 13ª edição. São Paulo. RT. 2011.

_____, Art. 5º [...] § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro. Campos. 1992. p.4.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

HESSE, Konrad. **Significado de los derechos fundamentales**. in Benda e outros. Manual de derecho constitucional. Madrid. Marcial Pons. 1996. p. 84-85.

_____. La fuerza normativa de la Constitución, in Escritos de derecho constitucional. 1983, p.75.

Brasil. **Portal**. Sítio eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm; visualizado em 25/12/2013, às 16:33.

GRAU, Eros Roberto. A Constituinte e a Constituição que teremos. 1985. p. 44.

KRELL, Andréas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris. Editor. 2002. p. 51

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.39.

DINIZ, Maria Helena. A Ciência Jurídica. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 456.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Portal Online**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=12547&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC3. Acesso em 28/12/2013.

Brasil. Supremo Tribunal de Federal. **Portal Online**. APDF 45/DF. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Informativo/STF nº 345/2004. Julgado em 29/04/2004. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" \(Transcrições\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - \). Acesso em 29/12/2013.

Brasil. Supremo Tribunal de Federal. **Portal Online**. HC 82424. julgado em 17/09/2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em 30/12/2013.

Brasil. Supremo Tribunal de Federal. **Portal Online**. MS 24.831/DF. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgado em 29/04/2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>. Acesso em 30/12/2013.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Portal Online**. RE 410715 AgR. Julgado em 22/11/2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acesso em 31/12/2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006. p. 31.

PORT, Otávio Henrique Martins. **Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública**. RCS Editora Ltda. 2005. p. 105.

ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Trotta. 2004. p. 251.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Portal Online**. APDF/DF 45. DJ 4-5-2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>. Acesso 3/1/2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Portal Online**. RE 195192. Relator Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. Julgado em 22/02/2000. DJ 31-03-2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>. Acesso em 4/1/2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Portal Online**. RE 255627 AgR. Relator Min. Nelson Jobim. Julgado em 21/11/2000. DJ 23-02-2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365054>. Acesso em 4/1/2014.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. **A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 52, jul. 2007.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas - A Responsabilidade do Administrado e o Ministério Público**. Max Limonad. p. 95.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Portal Online**. RE 393175 AgR - Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/12/2006. DJ 02-02-2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>. Acesso em 5/1/2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Portal Online**. ARE 639337 AgR. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23/08/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso 5/1/2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.484/DF. Julgado em 21/08/2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1484%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bangaen>. Acesso em 6/1/2014.