

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRENTE ÀS  
LIMITAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Renan Braghin

Presidente Prudente/SP

2011



**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRENTE ÀS  
LIMITAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Renan Braghin

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP

2011

# **A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRENTE ÀS LIMITAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Monografia aprovada como requisito  
parcial para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito.

Rodrigo Lemos Arteiro

Claudio José Palma Sanchez

Sérgio Tibiriçá Amaral

Presidente Prudente/SP, 28 de novembro de 2011

Se você realmente desejar ser alguém que procura a verdade, deve pelo menos uma vez na vida duvidar, ao máximo possível, de todas as coisas.

René Descartes

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu orientador, professor Rodrigo Lemos Arteiro, homem de profundo conhecimento jurídico, pela paciência e sabedoria com que me auxiliou na execução deste trabalho, além do exemplo de mestre, sempre acometido com o ensinar das mais diversas áreas do pensamento jurídico.

Agradeço também ao professor Claudio José Palma Sanchez, componente desta banca examinadora, por desde os primeiros momentos deste curso de graduação demonstrar com maestria as artes do magistério, auxiliando a cada um de nós no desvendar do arcabouço jurídico, além da amizade com que sempre demonstrou. Agradeço, ainda, ao professor Sérgio Tibiriçá Amaral, também componente desta banca examinadora, pela excelência com que coordena este curso de Direito, sempre exaltando a necessidade de se construir um pensamento científico.

Por último, mas não menos importante, agradeço aos meus pais, Jair Braghin e Maria Aparecida da Silva Braghin, por permitirem que eu seguisse meus sonhos, ainda que não compatíveis com os seus. Pessoas não comungantes dos meios científicos, mas de intensas experiências de vida, acometidos com os valores humanos mais louváveis, como a honestidade e o respeito ao próximo, os quais lograrão na minha formação pessoal.

## RESUMO

O presente trabalho científico tem como objeto primordial o estudo das normas de Direitos à prestação social no que tange ao seu reconhecimento como normas de Direito Público Subjetivo e os limites colocados pela doutrina e pela jurisprudência para a sua satisfação. Para tanto, traçou-se perspectivas sobre a nova interpretação constitucional, caracterizada pela máxima força jurídica dos direitos fundamentais, num cenário aberto entre regras e princípios. Após, foram enfrentados alguns assuntos específicos que permeiam o discurso sobre a possibilidade do controle jurisdicional dos atos administrativos e finalmente demonstraram-se os motivos que legitimam o controle do mérito da discricionariedade. Por fim, foram analisados os direitos fundamentais em sua estrutura normativa, os limites impostos à satisfação destes direitos pela cláusula da reserva do possível e a necessidade do mínimo existencial como limite do limite. Colocados todos estes pressupostos, foi analisada a aplicabilidade dos direitos sociais pelo critério do Postulado Normativo da Proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos. Direitos Fundamentais Sociais. Cláusula da Reserva do Possível. Mínimo Existencial.

## ABSTRACT

This paper has as its primary subject matter the study of the rights to provide social benefits in terms of their recognition as subjective public law and the limits placed by the doctrine and jurisprudence to its satisfaction. Thus, perspectives on the new constitutional interpretation were drawn, characterized by the highest legal force of fundamental social rights in an open setting between rules and principles. After, we adressed some specific issues that permeate the discourse about the possibility of judicial review of administrative acts and, finally, reasons have been demonstrated which legitimate the control of discretionary merits. Finally, we analyzed the fundamental rights in their regulatory framework, the limits to the satisfaction of such rights by the reserve of the possible clause and the necessity of existential minimum as the limit of the limit. Taking these assumptions into account the applicability of social rights by the Proportionality Postulated criterion is discussed.

**Keywords:** Judicial Review of Administrative Acts. Fundamental Social Rights. Clause of Reserve of the Possible. Existential Minimum.



# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1 O NOVO INTERPRETAR CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>11</b>
1.1 O Dever Constitucional da Fundamentação .....	13
<b>2 TEORIA DA NORMA JURÍDICA</b> .....	<b>15</b>
2.1 Considerações Prévias .....	16
2.2 Princípios .....	17
2.2.1 A posição de Ronald Dworkin .....	18
2.2.2 A posição de Robert Alexy .....	19
2.2.3 A posição de Humberto Ávila .....	20
2.3 Regras .....	23
2.3.1 A posição de Ronald Dworkin .....	23
2.3.2 A posição de Robert Alexy .....	24
2.3.3 A posição de Humberto Ávila .....	25
2.4 Postulados Normativos Aplicativos .....	28
2.4.1 Postulados normativos inespecíficos .....	30
2.4.1.1 Ponderação .....	31
2.4.1.2 Concordância prática .....	32
2.4.1.3 Proibição de excesso .....	33
2.4.2 Postulados normativos específicos .....	34
2.4.2.1 Igualdade .....	34
2.4.2.2 Razoabilidade .....	35
2.4.2.3 Proporcionalidade .....	36
<b>3 ASSUNTOS ESPECÍFICOS E SUBDESDOBRAMENTOS ACERCA DO TEMA</b> .....	<b>38</b>
3.1 Perfil Político do Estado e a Efetivação dos Direitos Fundamentais .....	38
3.2 A Separação, Independência e Harmonia das Funções do Poder Estatal .....	43
3.2.1 Suporte histórico .....	44
3.2.1.1 Aristóteles .....	44
3.2.1.2 John Locke .....	45
3.2.1.3 Montesquieu .....	46
3.2.2 O modelo atual .....	47
3.2.3 Críticas sobre a rígida concepção da separação dos poderes .....	48
3.3 A Infastabilidade da Jurisdição .....	50
3.3.1 Possibilidade de alcance da jurisdição frente aos órgãos estatais .....	52
<b>4 CONTROLE JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	<b>55</b>
4.1 Princípios Constitucionais Informadores da Administração Pública .....	55
4.1.1 Legalidade .....	56
4.1.2 Impessoalidade .....	57
4.1.3 Moralidade .....	57

4.1.4	Publicidade .....	57
4.1.5	Eficiência .....	58
4.2	Mérito da Discricionarieade e o Controle Jurisdicional .....	58
4.2.1	O Agir Discricionário como Dever da Legalidade .....	61
<b>5</b>	<b>A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>68</b>
5.1	Direitos Fundamentais Sociais .....	68
5.1.1	Limite econômico: a reserva do possível.....	72
5.1.2	Limite do limite: a necessidade do “mínimo existencial” .....	76
5.2	Poder Judiciário e a Jurisdição Constitucional Contramajoritária .....	78
5.3	Postulado Normativos Aplicativos: A Solução da Tensão Pela Proporcionalidade .....	82
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>88</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA. ....</b>	<b>91</b>

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa teve como objeto o estudo acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais a prestação, partindo do questionamento se a previsão constitucional dos direitos sociais implica no reconhecimento destes como direitos públicos subjetivos dos indivíduos, no que concerne a possibilidade de reclamá-los em juízo. A princípio, traçaram-se algumas considerações sobre a moderna Teoria da Norma Jurídica, objetivando seu método de aplicação, o qual refletiu como subsídio teórico para a solução do entrave aqui debatido. Após, foram debatidos alguns assuntos específicos, necessários para o enfrentamento do tema, sem os quais o projeto de pesquisa restaria inócuo. Dentre estes, analisou-se a possível flexibilidade da Separação dos Poderes e o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição Constitucional.

Como a realização dos direitos fundamentais sociais demanda a atuação positiva do Estado que, geralmente, está condicionada a um juízo de discricionariedade da administração pública, demonstraram-se as concepções acerca do controle jurisdicional destes atos, tendo como pressuposto um método comparativo entre as novas proposições e aquelas mais conservadoras.

Por fim, demonstrou-se a atuação jurisdicional para efetivar os direitos fundamentais sociais, levando em conta os principais limitadores, como a reserva de dinheiro em cofre e a impossibilidade institucional de realização do controle pelo Judiciário.

Embora o direito seja a ciência das relações sociais, de modo que sempre é imprescindível o estudo do passado para a compreensão do presente e o planejamento futuro, este trabalho, entretanto, se preocupou com temas atuais, trazendo poucas referências históricas.

O assunto aqui tratado toma relevância à medida que cresce entre nós uma nova concepção do interpretar constitucional, reconhecendo plena eficácia e aplicabilidade aos preceitos normativos da Constituição. Entretanto, não raramente, são utilizados equivocadamente institutos de um direito comparado para negar aplicabilidade a direitos fundamentais.

Objetivou-se a demonstração dos principais argumentos acerca do tema, todavia, sem qualquer pretensão de esgotá-los. Para tanto, a pesquisa se pautou num método discursivo dialético entre as posições em tensão acerca da efetivação dos Direitos Sociais Fundamentais.

O texto está organizado em tópicos, numa construção racional, de modo a facilitar a leitura e compreensão.

## 1 O NOVO INTERPRETAR CONSTITUCIONAL

Os movimentos sociais decorrentes da Segunda Guerra Mundial determinaram o repensar de diversas áreas do saber humano, e, no âmbito jurídico, deu início à silenciosa e vigente revolução na ciência do direito. Deixou-se de lado a ideia meramente política do texto constitucional, atribuindo força normativa, caráter vinculante e obrigatoriedade à Constituição.

Surgiu assim um novo movimento constitucional, pautado na supremacia da constituição e inspirado no modelo norte americano do *judicial review*, caindo por terra, nos países de cultura ocidental, a figura do parlamento (Poder Legislativo) como ocupante do topo da hierarquia dos poderes. A este modelo compreende-se, dentre outros, a imutabilidade dos direitos fundamentais, ditos cláusulas pétreas, intocáveis no sentido de restrição ou diminuição de sua efetividade e abrangência.

Esta Expansão da Jurisdição Constitucional em meados do Século XX, atrelada a já então consolidada ideia de um Estado Democrático de Direito, soma-se a um novo interpretar das leis constitucionais, uma nova Hermenêutica Constitucional. A tais fatores, reunidos, dedica-se a escola juris-filosófica do pós-positivismo, que concilia a razão científica do positivismo puro à razão de justiça do jusnaturalismo, aproximando o direito da lei e da filosofia.

À ideia de um novo *standart* constitucional, em que o legislador originário muito se valeu de normas genéricas, ou cláusulas gerais, para alcançar as nuances do caso em concreto, torna-se inócua a aplicação do método tradicional para a interpretação das normas jurídicas. Exigiu-se do Judiciário uma atuação além da mera adequação fática ao descritivo legal. O método da subsunção não poderia ser aplicado ante a necessidade de se interpretar o dispositivo, em razão da sua proposital imprecisão. Assim doutrina Luís Roberto Barroso (2010, p. 308-309):

Na interpretação constitucional contemporânea, a norma jurídica já não é percebida como antes. Em primeiro lugar porque, em múltiplas situações, ela fornece apenas um início de solução, não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para a determinação do seu sentido. É o que se resulta da utilização, frequente nos textos constitucionais, da técnica

legislativa que recorre a cláusulas gerais. E, em segundo lugar, porque vem conquistando crescente adesão na ciência jurídica a tese de que a norma não se confunde com o enunciado normativo – que corresponde ao texto de um ou mais dispositivos -, sendo, na verdade, o produto da interação texto/realidade.

Para exemplificar, diante de um conflito normas, em que duas ou mais normas jurídicas conflitantes seriam aplicáveis ao caso concreto, o magistrado deveria se pautar de critérios como a hierarquia, a cronologia e a especialidade. No entanto, ante a pluralidade de cláusulas gerais contidas na Constituição, na ocasião em que a narrativa fática se encaixe em duas ou mais normas do texto originário da Carta Magna, tais critérios não seriam válidos. Qual destas seria hierarquicamente, cronologicamente ou especialmente prevalente? Nenhuma.

A norma jurídica constitucional dada como cláusula geral, implica na ampla atuação do intérprete, a fim de construir seu sentido – sem desprezar seu conteúdo semântico –, pautado nas circunstâncias do caso fático para fazer incidir seus efeitos.

O objetivismo do critério tradicional torna nula qualquer possibilidade de subjetivismo nas decisões judiciais, que, embora priorize a segurança jurídica, a qual não se pode desconsiderar, gera um impasse entre a decisão correta e a decisão justa.

Não se pretende ter o “critério do justo” como científico ou determinável, mas demonstrar o importante fator filosófico e social. Ademais, o sentido de justiça guarda identidade com o ímpeto de cada individual.

No entanto, é impossível imaginar que se possa afastar o caráter subjetivo das decisões judiciais, pois, nas palavras de George Marmelstein: “o julgador não é uma máquina, mas um ser humano”. E mais: “ao contrário que se possa parecer, a sensibilidade do juiz não é um aspecto negativo a ser afastado a qualquer custo, mas uma virtude que humaniza a atividade jurisdicional, desde que utilizada com sabedoria” (2008, p. 358-359).

Também não há de se admitir que o julgador se utilize da função que lhe é conferida por um Estado Democrático de Direito para, atentando contra as posições jurídicas subjetivas das partes, proferir decisões desprovidas de critérios, conforme seu bem entender.

O ideal é a busca de um ponto de equilíbrio entre tais fatores, determinantes em toda decisão judicial, pois, se a decisão isenta de subjetividade será sempre correta e por vezes injusta, a decisão isenta de objetividade por vezes será justa, mas nunca correta.

Se a objetividade afasta a possibilidade do justo, e a subjetividade – impossível de ser afastada – se contrapõe à segurança jurídica, indispensável o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

### **1.1 O Dever Constitucional da Fundamentação**

É corolário do Sobreprincípio do Estado Democrático de Direito e do Princípio da Ampla Defesa, o dever constitucional dos magistrados em motivar as decisões judiciais.

Os pronunciamentos judiciais são atos públicos, de sorte que deve se exigir do Estado a clareza e a explanação racional de seus atos, em razão do quinhão de liberdade que cada indivíduo se desprende no convívio em sociedade.

Da mesma sorte, as decisões devem ser motivadas ante a possibilidade de serem atacadas, no acaso daqueles que são desfavorecidos pelo pronunciamento judicial poderem dela se defender.

Ao se tratar de direitos fundamentais, o dever do magistrado de motivar suas decisões é multiplicado.

As inúmeras cláusulas gerais contidas no corpo da Constituição Federal, a fim de beneficiar o prestígio do caso concreto, para a busca de uma solução justa e adequada, necessitam de uma grande carga de interpretação por conta do aplicador do direito para aplicá-la ao caso concreto, pacificando o conflito de interesses.

Embora tais normas não indiquem a conduta a ser observada pelo intérprete para a obtenção da pretensão almejada, não significa dizer que a decisão deva se desprender de elementos objetivos na construção de sua interpretação.

A impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível. A interpretação, não apenas no direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos (BARROSO, 1998, p. 256).

Este método criterioso a ser utilizado pelo magistrado na construção de uma norma dita cláusula geral, deve ser pormenorizadamente demonstrado no pronunciamento judicial.

Este dever de demonstração da consequência lógica do pronunciamento judicial decorre daquilo que a doutrina chama de reserva de consistência. Como assevera o alemão Peter Häberle:

Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediado (Zwischenträger). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva de consistência (Vobehalt der Bewahrung), devendo ela, no caso singular, mostra-se adequada e apta a fornecer justificativas variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais (1997, p. 42).

O método de interpretação e aplicação a ser observado pelo intérprete deverá ser instrumentado, dentre outros, por aquilo que Humberto Ávila chama de Postulados Normativos Aplicativos (2010, p.124), uma espécie normativa de segundo grau, utilizada para a interpretação e aplicação dos princípios e regras (espécie normativa de primeiro grau). No entanto, a compreensão do que se entende por Postulados Normativos Aplicativos depende do estudo das outras espécies normativas, como se tentará no capítulo que segue.



## 2 TEORIA DA NORMA JURÍDICA

A discussão da distinção das espécies normativas não é recente. Não há como precisar a origem, mas é certo que as obras do americano Ronald Dworkin, sobretudo o livro “Levando os Direitos a Sério” – que questiona o modelo clássico do positivismo e a incongruência em se admitir um ordenamento jurídico composto só por regras – pode ser considerado como ponto-marco à evolução da teoria. Dworkin propõe que os princípios, ao lado das regras, também têm caráter normativo.

O alemão Robert Alexy, em seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais” faz uma reconstrução do proposto por Dworkin, estruturando de forma criteriosa as espécies normativas regras e princípios, estabelecendo critérios de precedência e ponderação entre os princípios.

No Brasil, tais teorias só tomaram suma importância no final do século XX. Destarte as obras supracitadas serem obras de demasiada importância ao estudo do direito, a teoria da norma tem evoluído substancialmente desde Alexy e a doutrina pátria majoritária não se atentou às evoluções, ainda se referindo as teorias de Dworkin e Alexy como um fim em si mesmo da ciência sobre as normas.

Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva talvez sejam os autores brasileiros que mais exploraram o estudo sobre a teoria das normas jurídicas.

Ávila, em sua obra “Teoria dos Princípios: da definição á aplicação dos princípios jurídicos”, traz uma proposição própria e coerente desse estudo, que será aqui utilizada.

Aqui, cabem algumas considerações sobre as teorias nortearam o presente estudo. Não se despreza nem se desconhece que, dentro da teoria da norma, são vários os autores que definem as espécies normativas e determinam a sua estrutura lógica de funcionamento, entretanto, não se pretende aqui fazer uma análise minuciosa de cada uma delas, mas de dar linhas gerais sobre aquelas de maior repercussão.

## 2.1 Considerações Prévias

O estudo das espécies normativas havidas no Direito pátrio implica, de antemão, na necessidade de distinguir dispositivo, texto ou enunciado normativo e norma jurídica.

Para tanto, parte-se da premissa que o Direito não se confunde com a Ciência do Direito. A grosso modo, pode-se dizer que o Direito é um sistema de normas decorrente de grupos de pessoas reunidos em sociedade para regular a própria sociedade, enquanto que a Ciência do Direito é ramo da ciência que tem o direito por objeto.

Em se tratando de Ciência do Direito, muitas vezes, para compreender o texto de lei, não basta a simples conjectura literal do texto, pois, se assim fosse, bastasse ao operador do direito a técnica da leitura.

Portanto, não é correto afirmar que a existência de um dispositivo legal e de um texto de lei implica, necessariamente, na existência de uma norma jurídica. Conforme Barroso (2010, p. 194), “dispositivo é um fragmento de legislação, uma parcela de um documento normativo. Pode ser o caput de um artigo, um inciso, um parágrafo”. A norma jurídica é construída através do trabalho de interpretação do texto de lei, como assevera José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p.1204):

O recurso ao «texto» para se averiguar o conteúdo semântico da norma constitucional não significa a identificação entre texto e norma. Isto é assim mesmo em termos linguísticos: o texto da norma é o sinal «linguístico»; a norma é o que se «revela» ou se «designa».

Os dispositivos legais devem ser interpretados de forma sistemática, para que deles se extraia a norma jurídica propriamente dita. Pois as “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (Ávila, 2010, p. 30).

Há dispositivo legal que da sua interpretação possa extrair uma ou mais normas jurídicas. Entretanto, é possível que da análise de outro dispositivo legal não seja possível a extração qualquer norma. Por fim, é possível que para a

existência de certa norma seja necessária a interpretação de vários dispositivos em conjunto. Cabe ao intérprete extrair do texto de lei as possíveis normas jurídicas existentes.

Tal afirmativa, no entanto, não está a sugerir que ao intérprete se permita a livre explanação do texto, conforme sua vontade e concepção, para a construção da norma.

O operador do Direito, na interpretação do dispositivo legal, conforme Ávila (2010, p. 33), “não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso”. Neste sentido, explica Ávila (2010, p. 33), não pode o intérprete se valer da palavra “provisória” aplicando o sentido de “ampla”, e vice-versa.

Atenta-se, no entanto, que a existência de um pré-conceito estabelecido ao sentido das palavras, ou à forma com que elas foram aplicadas, não indica que a construção da norma deve-se dar numa atividade de subsunção entre o texto de lei e à sua aplicação; isto é, não basta a aplicação da norma pelos significados a esta previamente incorporada, sem a ponderação das peculiaridades do caso concreto.

A elucidação da distinção das espécies normativas depende dos critérios utilizados na interpretação de cada uma delas.

É preciso ter em mente que não há especificidade entre uma espécie normativa sobre a outra, até mesmo porque existem normas jurídicas que podem ser interpretadas como regra, como princípio ou organizada como um postulado normativo.

## **2.2 Princípios**

A Teoria do Direito moderno se desprende do modelo de um ordenamento jurídico composto apenas por regras para introduzir aquilo que se pretendia com o jusnaturalismo: a aproximação entre Direito e Ética.

A ideia de um direito neutro, separado da moral, culminou com o fracasso dos governos absolutistas da Alemanha e da Itália, onde o rigorismo e objetividade da lei eram utilizados para autorizar condutas criminosas.

O repensar do pós-guerra (Segunda Mundial) no ordenamento jurídico tendeu a reconhecer a normatividade jurídica dos princípios, antes contemplados como meros enunciados de boas intenções, os quais deveriam ser tomados por base no exercício de qualquer função estatal e eventualmente utilizados como forma de solução de lacunas legislativas.

Superado tal entendimento, hoje é unânime a concepção de que os princípios são, tanto quanto as regras, espécies normativas.

Tanto as regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de norma. (ALEXY, 2008, p. 87)

Passamos, agora, de forma breve a demonstrar o entendimento de alguns dos autores mais lembrados acerca do tema.

### **2.2.1 A posição de Ronald Dworkin**

O americano Ronald Dworkin, em obra clássica da filosofia jurídica (*Taking Rights Seriously*, originalmente publicada em 1977), critica o positivismo jurídico, apresentando, de forma prática, as incongruências de um sistema composto somente por regras.

Apesar de defender a existência dos princípios, revela que, de forma diversa das regras, os princípios não poderiam ser aplicados diretamente para a solução do caso concreto, pois “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” (DWORKIN, 2007, p. 40). Assim, os princípios não determinam a solução, mas apontam os fundamentos a serem somados para alcançá-la.

Inova ao dizer que os princípios têm uma dimensão de peso, pois quando entra em conflito com outro princípio, prevalecerá aquele que tem maior peso para a decisão diante do caso concreto, sem anular o outro no plano abstrato.

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.

(...)

Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quanto importante ele é. (DWORKIN, p. 42-43).

Vejamos a proposta de classificação a qual se pretendeu Robert Alexy.

### 2.2.2 A posição de Robert Alexy

Robert Alexy desenvolve um importante estudo acerca dos princípios, conceituando-os como mandamentos de otimização, sendo aplicáveis de forma gradual, na máxima medida possível, ao caso concreto.

(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY 2008, p. 90).

Segundo o alemão, são aplicáveis de forma gradual, pois os princípios apenas determinam deveres *prima facie*, mas não descrevem qual o caminho a ser percorrido para a obtenção do que se pretende.

Assim, conforme o caso concreto, os princípios são mais ou menos aplicados, e no caso de colisão entre princípios, deve-se ponderar ante as características do caso em concreto para determinar qual deles tem o “maior peso”.

### 2.2.3 A posição de Humberto Ávila

A proposição de Humberto Ávila sobre a Teoria da Norma, que estuda os princípios de forma estruturada, estabelecendo critérios racionais para sua aplicação e diferenciação de outras normas jurídicas. Humberto Ávila parte de uma construção tripartite de critérios para distinguir os princípios e as regras, chamado por ele de normas de primeiro grau.

Vejamos o conceito de princípio segundo Ávila (2010, p. 78-79):

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Assim, a primeira característica de um princípio é o seu conteúdo desejável, isto é, a finalidade imediata de um princípio é o apontamento de um estado ideal de coisas a ser promovido. Por isso os princípios são normas finalísticas: visam diretamente o alcance de um fim. Por ser uma norma que visa imediatamente um fim, os princípios não descrevem os comportamentos necessários à obtenção do conseqüente estado ideal de coisas objetivado.

Conforme Ota Weinberger (1989) apud Ávila (2010, p. 79), “a instituição do fim é ponto de partida para a procura por meios. Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim”. Não se adquire de um estado ideal de coisas sem a realização de condutas aptas a sua promoção. Disto, extrai-se a finalidade mediata dos princípios: a indireta adoção de condutas necessárias para a sua efetivação.

Veremos no subitem seguinte que as regras exigem a adoção imediata de condutas para a sua aplicabilidade. No caso dos princípios, mesmo que haja uma indireta adoção de condutas para a realização do estado ideal de coisas visado, estas não são especificadas.

A adoção de condutas pelos princípios é genérica e diretiva. É necessário que as condutas estejam em nítida correlação com o fim pretendido,

questionando se cada uma delas “deve ser” eficaz para que se obtenha o estado de coisas visado. Pode-se afirmar-se que os princípios visam, de forma direta, a promoção de um estado ideal de coisas a ser promovido e, de forma indireta, a adoção dos comportamentos que necessários para a obtenção do fim.

Uma vez que não há a especificação das condutas a serem adotadas, a aplicação de um princípio depende de uma pluralidade de normas a serem utilizadas de forma conjunta, indicando um caráter complementar do princípio.

Os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não tem a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. (ÁVILA, 2010, p 76).

É desta forma que se diz que toda regra tem um princípio subjacente e todo princípio tem uma regra subjacente.

Importa ainda dizer que o estado de coisa a que aponta um princípio muitas vezes entrará em conflito com o estado de coisas visado por outro princípio, de forma que os princípios convivem em constante conflito, mesmo no âmbito abstrato. Não é correto afirmar, porém, que um princípio anule o outro mesmo quando escolhido em detrimento da aplicação do caso concreto. Os princípios embora em constante conflito, ainda coexistem. Doutra forma, o estado de coisas que aponta um princípio pode se confundir em parte com o estado de coisas de outro. Assim, os princípios por vezes se entrelaçam, por vezes convivem em conflito.

O princípio que aponta um estado ideal de coisas em que se abarcam os estados ideais de diversos outros princípios recebe o nome de Sobreprincípio.

No caso de colisão entre os princípios, o intérprete deve se valer de um minucioso processo de ponderação para aplicar aquele que melhor se amolde diante das circunstâncias do caso concreto. Isto porque, em Teoria da Norma, não se fala na existência de uma norma absoluta, aplicável de forma automática diante da ocorrência de algum caso fático. Em relação aos princípios tal a afirmativa prevalece.

Ao se dizer que numa colisão entre princípios prevalecerá aquele que tiver o maior peso, deve-se saber que se trata de sua aplicação no caso concreto,

pois, quando analisados de forma abstrata, não há sobreposição de um princípio ao outro.

Não se ignora que há princípios que abstratamente falando tem precedência sobre outros, como é o caso do Sobreprincípio da Dignidade da Pessoa Humana. No entanto, essa percepção, de cunho altamente subjetivo, será desconsiderada ao momento em que são levadas em conta as peculiaridades do caso concreto para a solução do conflito.

Logo, cada circunstância do caso concreto é elemento hábil à escolha do princípio que prevalecerá sobre o outro diante da solução do conflito, como ensina Alexy (2005) apud Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 50-51):

Esse conceito costuma ser expresso da seguinte forma: '(P<sub>1</sub> P P<sub>2</sub>) C'. Isso significa, pura e simplesmente, que nos casos de colisão entre dois princípios – P<sub>1</sub> e P<sub>2</sub> – o princípio P<sub>1</sub> prevalece sobre o princípio P<sub>2</sub> apenas nas condições daquele caso C. É possível – e provável -, contudo, que em uma situação C' seja o princípios P<sub>2</sub> que prevaleça sobre o princípio P<sub>1</sub>, ou seja: (P<sub>2</sub> P P<sub>1</sub>) C'. Apesar de se tratar, nos dois casos, dos mesmos princípios não é possível formular, em abstrato, uma relação de precedência entre eles. Essa relação é sempre condicionada à situação concreta.

O intérprete deve se valer de um critério de ponderação para determinar qual princípio prevalecerá sobre o outro. A utilização desse critério, no entanto, deve se dar de forma rigorosa, de modo que não se torne ferramenta hábil aos simples anseios do intérprete. É o que diz Jestaedt (1999) Ávila (2010, p. 121-122):

O essencial é que, mesmo havendo ponderação, ela deverá indicar os princípios objeto de ponderação (pré-ponderação), efetuar a ponderação (ponderação) e fundamentar a ponderação feita. E nessa fundamentação deverão ser justificados, dentre outros, os seguintes elementos: (i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre o outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados.



Pela breve exposição, é possível resumir os princípios como normas jurídicas que apontam para o futuro, para o estado de coisa que se pretende, predispondo que, para tanto, deve-se valer de condutas adequadas à obtenção do fim. São normas de caráter complementar, tendo a regra como norma subjacente. No caso de colisão com outros princípios, são as casuísticas do caso concreto que determinará qual deverá prevalecer, sem que resulte na exclusão do princípio não aplicado do ordenamento jurídico.

## **2.3 Regras**

Podem-se elencar as regras como sendo espécie normativa por excelência. Desde que se tem notícia, a organização humana em sociedade demanda pela instituição e obediência a determinados valores, sejam estes instituídos pelo patriarca, os considerados naturais da própria condição humana, com aporte filosófico, instituídos ditatorialmente ou legitimados pela vontade pública.

A discussão sociológica das regras demanda estudo aprofundado, enquanto aqui nos importaremos apenas com sua estrutura normativa.

### **2.3.1 A posição de Ronald Dworkin**

Segundo Ronald Dworkin (2007, p. 39-41), as regras tem aplicabilidade “tudo-ou-nada”, isto é, ou a regra é válida e conseqüentemente aplicada, ou não. A regra incide obrigatoriamente pela ocorrência de um fato, em uma espécie de automatização. É o chamado método da subsunção.

Para Dworkin (2007, p. 43), é possível que num plano abstrato haja duas regras contraditas entre si, sendo que o conflito normativo gerado em um caso concreto deve ser solucionado pela declaração de invalidade de uma delas, extirpando-a do ordenamento jurídico.

Dworkin admite que num conflito de regras antagônicas aplicáveis ao mesmo caso concreto, a solução possa se dar pela inserção de uma cláusula de exceção, que permita a aplicação de uma em detrimento da outra sem que seja declarada a invalidade de qualquer delas.

No entanto, embora possam existir exceções, estas não são criadas pelo intérprete, devendo a própria regra expressamente elenca-las.

Assim, quando duas regras aplicáveis ao mesmo caso são apenas parcialmente incompatíveis, seria possível a inserção de uma cláusula de exceção, no caso de incompatibilidade total, tornar-se-ia uma delas sem validade.

### **2.3.2 A posição de Robert Alexy**

Alexy (2008, p. 92-93) reconstrói sem muitas modificações a teoria de Dworkin. Para ele, as regras também devem ser aplicadas na sua totalidade diante da incidência de um fato que se amolde ao enunciado normativo, sem que haja qualquer sopesamento ou ponderação acerca dos escopos da norma e dos fatos, sendo aplicáveis, portanto, num processo de subsunção.

Reafirma a aplicação “tudo-ou-nada” de uma regra, de modo que na existência de um conflito entre regras, necessariamente, haverá a declaração de invalidade de uma delas, seja de forma total, seja de forma parcial.

O que se ressalta da obra de Alexy é que as regras nunca podem ser ponderadas, como acontece com os princípios, seriam aplicadas mediante um processo de subsunção.

### 2.3.3 A posição de Humberto Ávila

Vejam os o conceito trazido por Ávila (2010, p. 78):

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Contrariamente aos princípios, “as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta” (ÁVILA, 2010, p. 71).

Se os princípios são normas que apontam para um estado ideal de coisas sem descrever as condutas necessárias para a sua obtenção, a finalidade imediata das regras é justamente a adoção específica do comportamento, baseado em seu conteúdo eminentemente deontico, para a consequente obtenção do fim pretendido.

Enquanto os princípios tem característica de complementariedade, devida a generalidade da adoção de condutas necessárias ao fim, as regras são “preliminarmente decisivas e abrangentes” (ÁVILA, 2010, p. 76), de forma que estabelecem precisamente o comportamento a ser adotado, dispensando, no mais das vezes, a afluência de outras normas para sua aplicação e a maior necessidade de justificação.

As regras possuem, em vez disso, pretensão terminativa, na medida em que, sobre pretenderem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, tem a pretensão de gerar uma solução específica para a questão. (HAGE, 1997 apud ÁVILA, 2010, p. 77).

Bem pela natureza decisiva das regras, a justificação de sua aplicação se dá numa “avaliação de correspondência da construção factual à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte” (SUMMERS, 2000 apud ÁVILA, 2010,

p. 73). Tal disposto não se confunde com a tese dworkiana “tudo-ou-nada” de aplicação das regras. Muito embora o próprio enunciado que dá suporte a norma sirva de justificativa para sua aplicação, a regra pode ser afastada ou adaptada levando-se em conta a finalidade da norma, situação que implica numa maior necessidade de justificação.

Assim, as regras e as casuísticas do caso prático se submetem a um processo de ponderação de valores, de forma a questionar se a aplicação da norma em sua totalidade cumpre a sua própria finalidade, mesmo que para tanto se desconsidere seu conteúdo semântico.

Por exemplo, imagine-se uma legislação que proíba os motoristas de táxi e de lotação de conduzirem passageiros acompanhados de animais, especialmente de cães. Se algum veículo for surpreendido conduzindo animais, o proprietário será obrigado a pagar uma multa. A citada norma, dentro do modelo classificatório aqui esquadrinhado, seria uma regra, e, como tal, instituidora de uma obrigação absoluta: se o motorista permitir o ingresso de animais no veículo, e a regra for válida, a penalidade deve ser imposta. Apesar disso, o Departamento de Trânsito poderá deixar de impor a multa para os casos em que os passageiros são cegos e precisam de cães-guia.

(...)

Quando há uma divergência entre o conteúdo semântico de uma regra (por exemplo, proibição de entrada de cães em veículos de transporte) e a justificação que a suporta (por exemplo, promover a segurança no trânsito), o intérprete, em casos excepcionais e devidamente justificáveis, termina analisando razões para adaptar o conteúdo da própria regra. (ÁVILA, 2010, p. 74).

Portanto, mesmo que na maioria das vezes a própria regra é justificada a sua aplicação, não se aplica às regras o processo da subsunção, sendo também submetidas à ponderação.

Ávila (2010, p. 52-64) traz que as regras, assim como os princípios, em situações excepcionais, podem ser ponderadas diante de um conflito normativo, em que a solução se daria com a análise do peso que cada uma delas representa no caso específico.

A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante

do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso (PECZENIK, 1989, ÁVILA, 2010, p. 58-59).

A ponderação, no caso das regras, deve ser feita de forma ainda mais minuciosa que a dos princípios, pois é inegável o caráter de aplicabilidade imediata atinente às regras, decorrente da sua própria característica descritiva.

Já no caso das regras a consideração a aspectos concretos e individuais só pode ser feita com uma fundamentação capaz de ultrapassar a trincheira decorrente da concepção de que as regras devem ser obedecidas. (SCHAUER, 2004 apud ÁVILA, 2010, p.49).

Segundo Humberto Ávila (2010, p. 53-54), aplicar a cláusula de exceção, por assim dizer, necessariamente se dá por um processo de ponderação, pois ao analisar as particularidades de um caso concreto, afastou-se a aplicação de uma regra na escolha da outra, onde a regra afastada foi essencial à aplicação, mesmo que como simples parâmetro.

De outra forma, uma regra pode ser sopesada mesmo que não haja antinomia no ordenamento jurídico. Justifica-se, pois, conforme Ávila (2010, p. 57), a ponderação também deve incidir sobre as finalidades da regra e não apenas de sua aplicação literal.

O que importa é que a questão crucial, ao invés de ser a definição dos elementos descritos pela hipótese normativa, é saber quais os casos em que o aplicador pode recorrer à razão justificativa da regra (rule's purpose), de modo a entender os elementos constantes da hipótese como meros indicadores para decisão a ser tomada, e quais os casos em que ele deve manter-se fiel aos elementos descritos na hipótese normativa, de maneira a compreendê-los como sendo a própria razão para a tomada de decisão, independentemente de existência de razões contrárias (ÁVILA, 2010, p. 57-58).

Para ilustrar, vejamos o exemplo uma regra trazida por Schauer (1991) apud Ávila (2010, p. 57) que pode ser ponderada independentemente de um conflito de normas, mas apenas se baseando na finalidade da regra:

A proibição de entrada de cães em restaurantes deve-se ao fato de que os cidadãos normalmente possuem cães e que eles, via de regra, causam mal-

estar aos clientes. Qualquer cão está proibido de entrar. E se for um filhote recém-nascido, enrolado numa manta dos braços da dona? Um cão empalhado? Um cão utilizado pela Polícia para encontrar drogas ou um suspeito do tráfico de drogas? Nesses casos, o aplicador, em vez de meramente focalizar o conceito de 'cão', deverá avaliar a razão justificativa da regra para decidir pela sua incidência. Sendo a razão justificativa da regra que proíbe a entrada de cães e a proteção do sossego e da segurança dos clientes, poderá decidir a respeito da aplicação da regra aos casos mencionados.

Desta forma, as regras são normas jurídicas imediatamente descritivas, indicando de forma específica as condutas necessárias para a realização do fim desejado. São normas iminentemente decisivas, pois quase independem da conjunta aplicação com outras normas. Sua aplicação se dá em correspondência com o caso concreto, afastando a aplicação por subsunção.

## 2.4 Postulados Normativos Aplicativos

Até o presente momento estudou-se as normas jurídicas como objeto de aplicação, que pressupõem, de forma imediata ou mediata, um resultado a ser obtido. Toda aplicação, no entanto, pressupõe um método, uma análise procedimental de solução de problemas.

A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições essenciais dá-se o nome de postulados. (EISLER, 1994 apud ÁVILA, 2010, p. 123-124).

A doutrina e a jurisprudência apontam várias soluções para a aplicação de normas objeto. A própria Lei de Introdução ao Código Civil traz algumas regras de hermenêutica. Há algumas normas, no entanto, que não são passíveis de aplicação diante do método tradicional, como apontado anteriormente. Daí decorre a necessidade de outros métodos para estruturar a aplicação de tais.

Admitindo-se nomear como postulado aquilo que estrutura e organiza a aplicação de um objeto, constata-se que o estudo e aplicação do direito se deparam com dois tipos de postulados: os hermenêuticos, utilizados para questões internas e

abstratas do ordenamento jurídico, e os aplicativos, que se destinam à aplicação das normas-objeto no caso concreto (ÁVILA, 2010, p. 123-126).

Os postulados hermenêuticos orientam o intérprete para a melhor compreensão, aplicação e a inter-relação das normas no ordenamento jurídico.

Os postulados aplicativos, por outro lado, têm caráter normativo e se valem como método para a aplicação dos princípios e das regras no caso concreto.

Para os fins deste estudo, serão analisados apenas os postulados normativos aplicativos, justamente pela sua característica normativa, os quais serão aqui referidos apenas como postulados normativos.

Partimos de uma definição de postulado normativo trazida por Ávila (2010, p.124):

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas.

Enquanto os princípios e regras eram normas aplicativas, os postulados normativos visam, de forma sistemática e criteriosa, o modo com que os primeiros serão aplicados.

Assim, embora todos – princípios, regras e postulados normativos – sejam subespécies do gênero norma, não se confundem.

Se os postulados são processos metódicos, sempre haverá uma norma que será submetida ao processo, neste caso, as normas-objeto. Deste modo, pode-se dizer que os postulados normativos são superiores metodicamente às regras e princípios, como meta-normas.

Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação.

(...)

Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e

metanormas (normas metodicamente subjacentes, situadas no metanível aplicativo). (ÁVILA, 2010, p. 124).

Assim, conforme Ávila (2010, p. 144) os postulados normativos organizam e estruturam os elementos, inter-relacionando-os, para que se aplique a melhor decisão ao caso concreto.

Existem postulados que se aplicam sem que se especifiquem os elementos que serão relacionados, e não exigem a adoção critérios predefinidos para a sua organização e aplicação.

Nessas hipóteses os postulados normativos exigem o relacionamento entre elementos, sem especificar, porém, quais são os elementos e os critérios que devem orientar a relação entre eles. (...) razão pela qual serão denominados, neste estudo, de postulados inespecíficos (ou incondicionais). (ÁVILA, 2010, p. 144).

Há aqueles, no entanto, que para sua aplicação devem-se seguir determinados critérios, que estabelecem especificamente os elementos que serão objetos de relacionamento.

Nessas hipóteses os postulados normativos exigem o relacionamento entre elementos específicos, com critérios que devam orientar a relação entre eles. Também são postulados normativos formais, mas relacionados a elementos com espécies determinadas, razão pela qual são denominados, neste estudo, de postulados específicos (ou condicionais). (ÁVILA, 2010, p. 145).

Passamos à análise de cada um deles.

#### **2.4.1 Postulados normativos inespecíficos**

Os postulados inespecíficos atuam como método para aplicação dos elementos, embora não especifique os elementos a serem organizados e estruturados. Conforme Peczenik (199) apud Ávila (2010, p. 144) “Constituem-se, pois, em meras idéias gerais, despidas de critérios orientadores de aplicação”.



### 2.4.1.1 Ponderação

Segundo Marmelstein (2008, p. 386): “A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais da hermenêutica não se mostram suficientes”.

A ponderação é espécie de postulado normativo inespecífico, pois não traz critérios lógicos para a sua aplicação ou quais os elementos que são passíveis de ser ponderados.

A ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referencia a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, valores, de princípios, de fins, de interesses. (ÁVILA, 2010, p. 145).

O postulado da ponderação exige um sopesamento de valores que se imbricam, para determinar se aquela norma-objeto incidente terá ou não eficácia, de forma parcial ou total.

Ensina Ávila (2010, p. 145-147) que o processo de ponderação, embora não traga critérios para sua realização, é indispensável que o aplicador se valha de um método. Ensina Steinmetz (2001) apud Ávila (2010, p. 145) que “é preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios”.

Através dos elementos de um único objeto que se entrelaçam (bens jurídicos, interesses, valores, princípios), embora o postulado não traga quais os elementos que deverão ser relacionados, é possível o intérprete construir um processo metódico para a sua efetiva aplicação.

O intérprete deve identificar as diversas soluções normativas para o caso, examinar os fatos do caso concreto e, diante disso, ponderar entre os diversos elementos determinantes para a solução do caso.

Em suma, deve o aplicador individualizar os elementos que serão ponderados, realizar o sopesamento de forma fundamentada e, ao final, reconstruir a ponderação formulando regras de relação.

### 2.4.1.2 Concordância prática

A concordância prática é utilizada como método de otimização de valores opostos, de forma que haja um sopesamento em que, diante do conflito, se resguarde o máximo de cada um deles. É uma busca de equilíbrio entre valores opostos.

Como existe uma relação de tensão entre os princípios e as regras constitucionais, especialmente entre aqueles que protegem os cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao Estado, deve ser buscado um equilíbrio entre eles. (ÁVILA, 2010, p. 147).

Assim, diante da solução de um conflito que corresponde a dois valores parcial ou completamente opostos, o intérprete pode se valer deste postulado para otimizá-los, encontrando o equilíbrio entre eles, necessário ao caso prático.

No livro do professor George Marmelstein (2008, p. 390-391) há o relato de um caso na Espanha em que foi utilizada a concordância prática para a solução do conflito. Em suma, era a ocasião de presos que faziam greve de fome como forma de protesto. O Estado não poderia negar o direito dos presos de protesto, pois decorre da Autonomia de Vontade destes, e também não poderia por em risco a Integridade Física daqueles reclusos. A solução se deu na determinação de intervenção médica forçada se ocorresse algum risco de morte. “Ou seja, a autonomia da vontade foi respeitada até o momento em que entrou o conflito com o direito à vida” (MARMELSTEIN, 2008, p. 391).

Da mesma forma que a ponderação, o postulado da concordância prática não traz os elementos a serem relacionados, objetos da otimização a ser feita.

### 2.4.1.3 Proibição de excesso

A proibição de excesso organiza a relação de elementos de forma a impedir que a aplicação de um direito fundamental aniquile outro direito fundamental.

Não existem valores absolutos no nosso modelo de sistema jurídico, sendo passível que até o mais fundamental dos direitos seja mitigado em situações de excepcionalidade.

É da própria característica de um ordenamento onde vige o postulado hermenêutico da unicidade que a existência de um direito fundamental implica, necessariamente, em restrições impostas por outro direito fundamental.

O postulado normativo da proibição de excesso atua, sem indicar os critérios, de maneira a coibir que um direito fundamental seja restringido, minimizando-o à insignificância.

A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. Por exemplo, o poder de tributar não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. Nesse caso, a ponderação de valores indica que a aplicação de uma norma, regra ou princípio (competência estatal para instituir impostos) não pode implicar a impossibilidade de aplicação de uma outra norma, princípio ou regra (proteção da propriedade privada). (TIPKE, 1993 apud ÁVILA, 2010, p.148).

Vale dizer que a aplicação do postulado da proibição de excesso se dá pela constatação de que um direito fundamental está sendo limitado em seu núcleo essencial. Não importa as causas da restrição, isto é, não se faz uma análise meio-fim, a aplicação do postulado só se preocupa se há ou não uma restrição excessiva de um direito fundamental.

## 2.4.2 Postulados normativos específicos

A aplicação dos postulados normativos específicos predispõe a existência de elementos e critérios específicos para a sua inter-relação. A utilização destes postulados está condicionada a presença discriminada de certos requisitos.

### 2.4.2.1 Igualdade

O postulado normativo da igualdade organiza as normas jurídicas a partir de um “critério diferenciador e de um fim a ser alcançado” (ÁVILA, 2010, p.153).

Assim, dois objetos analisados podem ser iguais ou não a depender do critério utilizado e da finalidade da diferenciação.

Duas pessoas podem ser iguais ou diferentes segundo o critério da idade: devem ser tratadas de modo diferente para votar nalguma eleição, se uma tiver atingido a maioria não alcançada pela outra; devem ser tratadas igualmente para pagar impostos, porque a concretização dessa finalidade é indiferente à idade. (ÁVILA, 2010, p. 152).

Para ilustrar, uma lei que determinasse que só mulheres pudessem participar dum concurso seletivo para o cargo de policial feminino não feriria o postulado da igualdade ou da isonomia. Isto porque se deve analisar a finalidade da lei. Logicamente, não há de se admitir que homens pudessem preencher a vaga de policial feminino (MARMELSTEIN, 2008, p. 406).

A se depender do fim pretendido, a análise se deparará com critérios de diferenciação específicos, sendo que, somente desta forma, se promoverá igualdade nas relações entre os elementos objetos da estruturação.

### 2.4.2.2 Razoabilidade

O postulado normativo da razoabilidade estrutura e organiza a aplicação de normas jurídicas objetos, sobretudo as regras.

Dentre os critérios estabelecidos pelo postulado da razoabilidade, está o “(...) dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade” (grifo nosso) (ÁVILA, 2010, p. 161).

O intérprete deve considerar, no mais das vezes, que as nuances do caso concreto estão de acordo com o usual, com o que se espera, não podendo decidir em desfavor do sujeito por simples presunção subjetivada.

Por outro lado, não pode se aplicar a frieza da generalidade da lei em situações que o caso específico demande certa especificidade, pois os fins que pretendidos pela própria regra não se imperariam se aplicados no caso específico. É uma questão de atuação em relação ao princípio da justiça.

Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada. (HAGE, 1997, apud ÁVILA, 2010, p. 156-157).

Assim, conforme Ávila (2010, p. 157) “(...) a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para a sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma”.

Não é razoável a lei que exija deveres ou obrigações que não correspondam aos fatores sociais, até mesmo porque o objeto do direito é regulamentar as relações sociais, de modo que se exija a correlação entre uma norma e a realidade social, econômica e cultural.

Outro critério trazido pelo postulado da razoabilidade é a exigência de “uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada” (Zancaner, 2001 apud Ávila, 2010, p. 159).

A própria noção de igualdade pressupõe que os desiguais devam ser tratados na medida de suas desigualdades. Deveras, não pode uma lei diferenciar sem justo embasamento um grupo de pessoas, aplicando-as vantagens ou desvantagens, exigindo-se, portanto um “critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada” (ÁVILA, 2010, p. 159).

Por fim, outro critério trazido pelo postulado da razoabilidade é da exigência de “uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona” (ÁVILA, 2010, p. 160).

Aqui, a título de ilustração, pode-se avocar o direito penal, na teoria do crime, em que a pena imposta pelo Estado deve ser equivalente ao grau de culpabilidade do agente na prática do ato delituoso, não se aceitando a demasiada disparidade entre a conduta tipificada e a pena aplicada.

#### **2.4.2.3 Proporcionalidade**

O postulado normativo da proporcionalidade estrutura a aplicação de princípios que se conflitam em uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável, conforme Jakobs (1985) apud Ávila (2010, p. 164).

Segundo Maurer (1999) apud Ávila (2010, p. 164) “se não houver uma relação meio/fim devidamente estruturada, então cai o exame de proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio”.

A estruturação do postulado da proporcionalidade permite a melhor aplicação diante de um problema de causa e efeito em um imbricamento de princípios.

Para tanto, o postulado da proporcionalidade “exige adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de uma medida havida como meio para atingir um fim empiricamente controlável” (ÁVILA, 2010, p. 167).

Conforme Ávila, (2010, p. 161 - 173) um meio é adequado quando promove o fim, mesmo que não seja o mais intenso, o melhor ou o mais seguro. Um meio é necessário se dentre todos os outros meios possíveis à solução, este é o menos lesivo aos direitos fundamentais. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito pressupõe que o fim, por mais que o meio seja adequado e necessário, não pode ser menos relevante que as restrições geradas nos direitos fundamentais.

### **3 ASSUNTOS ESPECÍFICOS E SUBDESDEBAMENTOS ACERCA DO TEMA**

Para o enfrentamento da questão a qual se pretende este trabalho faz-se necessária à explanação de alguns assuntos que não raramente permeiam a discussão sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais.

Trata-se de assuntos polêmicos e controversos, de modo que o objetivo aqui é apenas traçar algumas ideias, sem que se esgote qualquer um deles, que, individualmente, poderiam ser objeto de um estudo aprofundado.

#### **3.1 Perfil Político do Estado e a Efetivação dos Direitos Fundamentais**

O perfil de atuação estatal nas relações internas passou por diversas mudanças no decorrer da história. A partir da instituição do Estado Moderno, entretanto, é nítido o papel da vontade democrática legitimando o atuar de cada um dos “poderes”.

Os séculos XVIII e XIX marcam a ascensão política da burguesia ante o novo escopo financeiro decorrente da expansão das relações comerciais pelo aumento das navegações. Pela busca de mais liberdade frente ao rei, surgem as revoluções burguesas, sustentadas por filosofias políticas baseadas na existência de direitos inerentes ao seu estado de ser dos indivíduos, que funcionariam como barreira intransponível contra os arbítrios de um poder absolutista.

A Revolução Francesa, o maior e mais importante dos movimentos sociais realizados pela burguesia, culmina com a existência do Estado Liberal, que determinava a mínima atuação do Estado frente à sociedade, a fim de garantir direitos fundamentais pautado nas liberdades individuais.

O movimento liberal se confunde com a democracia na medida em que o órgão a que era conferida a atribuição legislativa era composto de representantes escolhidos pelo povo – ainda que em sufrágio parcial –, e o fruto de seu trabalho, a



lei, obrigava a todos, nada podendo transpô-la. Por tal razão pode-se afirmar numa supremacia do Poder Legislativo frente os demais poderes do Estado.

Tal superioridade decorria da concepção da lei como a própria expressão da igualdade. A lei era o limite do poder, expressão da vontade de todos, ninguém – seja particular ou ente público – poderia violá-la.

A instituição da Separação dos Poderes no Estado Liberal decorre da sua própria ideologia, numa contextualização da ideia de Montesquieu que só “o poder freia o poder”. A tripartição dos poderes existia na sua forma mais clássica. Ao executivo cabiam atos de administração, ao judiciário a aplicação da lei em um processo de subsunção e ao legislativo a elaboração de leis oponíveis erga omnes.

Para Eduardo Cambi (2010, p.174) “os direitos fundamentais negativos se amoldavam ao positivismo jurídico, na medida em que reduzem o direito à lei e a atividade dos operadores do direito à busca da vontade do legislador”. Era a aplicação das ideias de Montesquieu, do judiciário como um poder “nulo”, do juiz como mera “boca da lei” (MONTESQUIEU, 2005, p. 169).

A não intervenção estatal alcança o fracasso ao tornar-se inquestionável que a relações privadas desprovidas de qualquer limitação ou intervenção somente beneficiava as classes mais favorecidas (burguesia) em detrimento dos menos favorecidos (proletariados).

Percebeu-se que o valor da igualdade pregada no Estado Liberal era meramente ilusório. A lei genérica e abstrata não conseguia alcançar a forma de vida mais geral das pessoas, exarando sua ideologia apenas no plano teórico. Não bastava ao Estado o dever de abstenção, pautado nas liberdades individuais, promover a igualdade de fato, ante o abismo social que dividia uma minoria burguesa do resto dos cidadãos.

Mas, como igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas, pessoais –, termina ‘a apregoada liberdade como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome’ (VIERKANDT apud PAULO BONAVIDES, 1996, p. 61).

A leitura de um Estado de Direito pautado na liberdade regida pela lei, na igualdade formal, na gerência abstrata do poder público das relações econômicas sociais, centraliza a economia na esfera da autonomia da vontade, o direito nas relações entre os particulares (direito civil). A lei, entretanto, não pode ser somente a vontade instituída pelo povo, mas instrumento político, objeto de coordenação da atuação estatal e não só de limitação.

De forma gradual o Estado repensa seu papel na sociedade. Já no início do século XX a falácia da “mão invisível do mercado”, incapaz de promover a ordem econômica observando o desenvolvimento social. As revoluções da produção industrializada, as novas relações de trabalho, os conflitos sociais, a concentração de riqueza, a marginalização e exclusão de alguns grupos sociais demandam uma maior atuação do Estado, não exigido no Estado Liberal.

Após a Primeira Guerra Mundial os principais países da Europa e os Estados Unidos vivem uma profunda recessão econômica, no período denominado “Grande Depressão”. Tal período enfatiza a maior intervenção governamental, obrigando o estado a avocar para si a responsabilidade de tutelar e fomentar o nivelamento social.

Novamente há uma alteração do perfil do Estado. Se o liberalismo pregava a ideia de abstenção do Estado, de não interferência na esfera privada, a efetivação dos direitos sociais exigem uma postura intervencionista estatal.

O Estado passa a ser social, baseando-se na democracia do sufrágio universal e na prestação Estatal de direitos fundamentais sociais, ante a necessidade de integrar o sujeito a um conjunto e não tão somente lhe garantir liberdades individuais, já que a sociedade se apresentava – e se apresenta – cada vez mais complexas e pluralistas, somando a figura do individual à figura de grupos determinados.

Como assevera Andreas J. Krell: “Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim a direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais” (2002, p. 19). E mais:

O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas ‘políticas públicas sociais’ (de

educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efeito dos direitos constitucionalmente protegidos (KRELL, 2002, p. 20).

A lei que antes limitava o Poder, agora também determina sua atuação. O Poder Executivo se torna mais relevante na esfera política, pois, dentre os três poderes existentes era o mais próximo das relações cotidianas, devido a sua própria função gerenciadora. O Judiciário, antes considerado um poder nulo, “a boca da lei”, cada vez mais assume o papel de defesa e efetivação dos direitos individuais e sociais, fazendo aplicar as disposições Constitucionais – agora com caráter normativo e não meramente ideológico/político, como no liberalismo.

Com demasiada precisão, a qual decorre sua análise pormenorizada sobre o tema, Paulo Bonavides define o Estado Social:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suam, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social (1996, p. 186).

O modelo de Estado paternalista, entretanto, não foi capaz de transpor algumas barreiras naturais da sua ideologia política, como a necessidade de um aparelhamento mais eficaz, de estratégias mais eficientes, melhor organização política, além do alto custo da promoção dos direitos fundamentais sociais. Isto porque cada um dos direitos sociais enseja um caminho distinto para a sua realização, todos igualmente caros.

Assim, enquanto boa parte dos custos das liberdades públicas é aproveitado de maneira global por todas elas – legislação, organização judiciária etc. -, cada direito social exige uma prestação estatal exclusiva que só é aproveitada na sua realização, mas não na realização de outros (SILVA, 2010, p. 241).

No plano econômico, desde o período pós Segunda Guerra Mundial e com o final da Guerra Fria, regime capitalista é difundido e se consolida mundo a fora. A maior intervenção estatal não seria capaz de sobreviver à fortificação das relações internacionais oriundas do capitalismo, da relativização da soberania nacional em favor da autonomia privada. O estado que não adequasse suas políticas internas ao modelo econômico internacional poderia sofrer as consequências de suportar – sozinho – os altos custos da promoção social. A medida se torna inevitável, sobretudo para os chamados países de modernidade tardia, como o Brasil, que minimamente aplicaram as políticas sociais, que indispensavelmente necessitavam de apoios financeiros externos.

O neoliberalismo nasce com o propósito de refutar o modelo do bem estar social, sobre as alegações de que o mercado poderia se autorregular, resumindo o Estado – novamente – a uma posição secundária, sobre a ideia da “mão invisível do mercado”. De fato o mercado se regula e se autodetermina, mas atua sempre ao lado da ingerência estatal, de modo que a maior atuação de um pressupõe a menor atuação do outro.

O renascimento da ideologia liberal, aplicada ao atual contexto histórico, com a maior liberdade mercantil, a política de privatizações, de desregulamentação, etc., culmina com a concentração do capital, aumentando, em países como o Brasil, o abismo social entre classes. A dívida externa diminui o suporte financeiro para a promoção de direitos fundamentais sociais, como a segurança, a saúde e a educação.

O problema reside nos limites da atuação do mercado. Afinal, ele pode ser altamente eficiente para produzir bens de consumo baratos e para ampliar a qualidade dos serviços, mas não é capaz de produzir, constantemente, as condições de autodeterminação dos povos. (CAMBI, 2010, p. 180).

No Brasil as consequências se agravam à medida que os sujeitos públicos legitimados pela democracia representativa, não raramente, se põem ao descaso da realidade social, em atuação antagônica às razões do exercício de suas próprias funções.

Exsurge assim o questionamento acerca da possibilidade e viabilidade de uma atuação política jurisdicional em países periféricos. Poderia o órgão

Judiciário promover políticas públicas de efetivação de direitos, controlar a conveniência e oportunidade dos entes administrativos, obrigar (ao invés de notificar) os demais órgãos quando atuam em omissão, parcial ou total, do comando da lei maior?

O tema é complexo, têm suporte em diversas teorias e se contrapõe a outras diversas, mas entre os principais óbices, está o invocar do Princípio Constitucional da Separação dos Poderes.

### **3.2 A Separação, Independência e Harmonia das Funções do Poder Estatal.**

A Constituição Federal consagra o princípio da Separação dos Poderes, incluindo-o no rol das matérias insuscetíveis de abolição (cláusulas pétreas), conforme art. 60, §4, inciso III. O disposto é herança da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, que em seu art. 16 preconizava que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Predispõe o parágrafo único do art. 1º da Magna Carta que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (1988).

Leciona Pedro Lenza que o poder é um só, manifestando-se através de órgãos que exercem funções (2007, p. 325). O poder é, portanto, uno e indivisível, de modo que se poderia questionar a impropriedade do termo “separação” de poderes, ainda que consagrado pela doutrina e pela própria Constituição Federal no art. 2º: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Ante as inúmeras classificações apresentadas pela doutrina contemporânea das diferentes funções que compõem um Estado, nestas, e também na teoria clássica, estão presentes as funções executiva, legislativa e judiciária, exercidas, respectivamente, pelo Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

### 3.2.1 Suporte histórico

Acertado tal entendimento, e já por experiência histórica, torna-se inviável a concentração das funções do Estado nas mãos de uma única pessoa ou órgão, pois, do contrário, aceitar-se-ia sofrer com as inconveniências de suas vontades.

#### 3.2.1.1 Aristóteles

Aristóteles, filósofo grego que viveu entre os anos de 384 a.C. e 322 a.C., em sua obra “Política”, já distinguia as diferentes funções do Estado entre a função deliberativa, a função executiva e função judicial.

Os ensinamentos do filósofo grego, embora possa guardar semelhança com a atual teoria das funções do Estado, não se correspondem. Isto porque a função deliberativa era mais abrangente que a função legislativa.

À função deliberativa, além de atos legislativos próprios, também compunha atos de administração, sobretudo em assuntos atinentes às relações de Estado.

Destaca-se que Aristóteles, pelo do contexto histórico que vivia, apenas identificou as diferentes funções do estado ateniense atribuindo-as ao discricionário de uma única pessoa, fosse o monarca ou um imperador, sob o ímpeto de sua imparcialidade.

Neste sentido Lenza (2007, p. 323):

Acontece que Aristóteles, em decorrência do momento histórico de sua teorização, descrevia a concentração do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa, o soberano, que detinha um poder “incontrastável de mando”, eis que era ele quem editava o ato geral, aplicava-o no caso concreto e, unilateralmente, também resolvia os litígios eventualmente decorrentes da aplicação da lei. A célebre frase de Luís XIV reflete tal descrição: “L’État c’est moi”, ou seja, “o Estado sou eu”, o soberano.

Não havia um modelo de atribuição das diferentes funções a órgãos específicos, dotados de imparcialidade e uns dos outros desvinculados.

### 3.2.1.2 John Locke

Mais adiante, John Locke, filósofo inglês que viveu entre os de 1632 e 1704, em seu livro “Segundo Tratado do Governo Civil”, apresenta um estudo efetivo sobre a sistemática de “separação dos poderes”.

Locke defende a existência de três poderes em um Estado: os poderes legislativo, executivo e federativo (1963, p. 83). Aponta que cada um destes poderes têm funções que correspondem às necessidades naturais da própria organização humana em sociedade.

Ao poder legislativo caberia a edição de leis, de acordo com a vontade da sociedade. Afirma o filósofo que o legislativo não poderia, em hipótese alguma, tomar atitudes arbitrárias, pois este é “simplesmente o poder em conjunto de todos os membros da sociedade, cedido à pessoa ou grupo de pessoas que é o legislador” (1963, p. 84).

Locke trás que também cabia à função legislativa a incumbência que hoje é pertencente ao poder judiciário: “dispensar justiça e decidir dos direitos dos súditos mediante leis promulgadas, fixas e por juízes autorizados, conhecidos” (1963, p. 85).

Para o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 249), os ensinamentos de Locke já no final do século XVI, transparecem a posição inglesa de que o juiz é a “boca da lei”, ao referir-se ao então consolidado sistema jurídico da *common law*, em que a jurisprudência é a principal fonte de direito.

Os outros dois poderes, além de executar as leis criadas pelo legislativo, referir-se-iam à postura do Estado diante das relações internas e externas. Ao executivo competiria os atos entre os limites do próprio Estado, enquanto que ao federativo caberia decidir sobre a paz e a guerra, alianças e acordos entre Estados.

O ponto que se deve ressaltar é que Locke pautava pela impossibilidade de separação entre o poder executivo e o poder federativo. Deveriam atuar em conjunto, sob a guarda de uma única pessoa ou órgão, do contrário “poderia ocasionar, em qualquer ocasião, desordem e ruína” (1963, p. 93).

Assim, embora Locke apontasse pela existência de três poderes, a separação só ocorria entre o legislativo, enquanto o executivo e federativo deveriam reunir-se sobre os cuidados de um só.

### 3.2.1.3 Montesquieu

Charles de Secondat (1689-1755), filósofo francês, barão de Montesquieu, como é conhecido, foi o responsável pela construção da teoria de separação de poderes que mais se aproxima com o modelo atual.

Além de identificar as diferentes funções, o estudo sistematizado realizado pelo francês concluiu por uma efetiva separação dos poderes e a necessidade de interpenetração entre tais, razão pela qual é tido como o pai da Teoria da Separação dos Poderes.

Em “Do Espírito das Leis”, Montesquieu identifica a existência de três poderes em cada Estado, “o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil” (2005, p. 165). Este último, o qual o próprio Montesquieu veio chamar de poder de julgar (2005, p. 165-166).

Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último ‘o poder de julgar’, e o outro chamaremos, simplesmente, ‘o poder executivo do Estado’.

Preconizava o filósofo francês, que a liberdade do homem somente poderia ser alcançada se as distintas funções acima expostas estivessem nas mãos



de órgãos distintos. Ao reunir em uma só pessoa ou órgão as funções legislativas e executivas, há de se temer a “criação de leis tirânicas para executá-las tiranicamente”. Igualmente não haveria liberdade em não separar o poder de julgar dos poderes executivo e legislativo (2005, p. 166).

O ponto que parece crucial da obra de Montesquieu não foi identificar as três funções do Estado e de seu exercício obrigatório por diferentes órgãos, mas a teorização do equilíbrio entre tais poderes, apresentando, ainda que timidamente, um sistema o qual um poder está em harmonia com o outro.

E neste sentido ensina Eros Roberto Grau (2008, p. 230): “O que importa verificar, inicialmente, na construção de Montesquieu, é o fato de que não cogita de uma efetiva separação de poderes, mas sim de uma distinção entre eles, que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio”.

Embora considere o poder de julgar como um poder “nulo” (2005, p. 169), o filósofo conclui pela interpenetração dos poderes, atribuindo ao poder executivo o poder de veto dos atos do legislativo, pois se fosse de forma diferente, o legislativo “tornar-se-á despótico, pois, como pode atribuir a si todo o poder que pode imaginar, destruirá todos os outros poderes” (2005, p. 171).

Não fosse diferente que as ciências jurídicas evoluíssem, repensando a teoria tripartite idealizada por Montesquieu, por vezes a ponto de aprimorar suas ideias viabilizando-as para a modernidade, ou refutando-as como um modelo antiquado.

### **3.2.2 O modelo atual**

A teoria de Montesquieu da Separação dos Poderes foi adotada pela maioria dos Estados modernos, amoldando-se ao contexto social e histórico de cada um deles.

Como visto, embora Montesquieu nunca se reportasse para uma hierarquização dos poderes, no Estado Liberal, havia prevalência do Poder Legislativo em relação aos outros.

Percebeu-se também que a efetiva independência entre os órgãos não correspondia a uma pura separação de funções. Ficou consagrado o chamado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), já com algum suporte nas ideias de Montesquieu, onde se atribui a cada um dos poderes o exercício de competências privativas, além de outras, atípicas, a fim de manter sua organização, viabilizar seu funcionamento e efetivar sua independência.

Assim, ao Poder Legislativo, além de suas funções típicas, goza de atos de natureza executiva, ao dispor sobre sua própria organização, e jurisdicional, ao ser o Senado competente para o julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade.

O Poder Executivo, além dos atos de administração, goza de atos de natureza legislativa, como a edição de medida provisória pelo Presidente da República, e atos de natureza jurisdicional, ao julgar os recursos em via administrativa.

O Poder Judiciário, além da função jurisdicional, dispõe de seu regimento interno e da sua própria administração e organização.

Além disso, outras disposições garantem a independência entre os órgãos estatais incumbidos do exercício das funções, como as impossibilidades de um indivíduo pertencer a mais de um órgão ao mesmo tempo e de um poder destituir os integrantes de outro poder por razões políticas (Barroso, 2010, p.174).

### **3.2.3 Críticas sobre a rígida concepção da separação dos poderes**

O princípio da Separação dos Poderes, instituído no Estado Liberal, se prolonga no tempo, se adaptando às nuances de cada Estado, sob uma ótica democrática, conservando sempre a sua finalidade imediata: a proteção dos cidadãos perante o Estado, em razão dos empecilhos decorrentes da concentração do poder. A existência do Princípio Democrático pressupõe, necessariamente, a separação das funções estatais.

A norma constitucional da Separação de Poderes, que se constrói através da própria organização estatal pela Constituição Federal, é, em termos de classificação, o que se chama de sobreprincípio ou meta-norma. A noção de um Estado que tem o poder exercido por órgãos diversos, independentes e harmônicos, cada qual no exercício das suas funções, incorpora valores que, independentes, são atribuídos a diversos outros princípios. Ainda, sem perder o foco da estrutura normativa da Separação dos Poderes, pode-se dizer que sua finalidade sempre foi a de proteção do cidadão, garantindo-lhes a existência, manutenção e eficácia dos direitos fundamentais.

Nesta linha, há de se questionar se é legítimo recorrer a tal princípio, concebido para a proteção dos direitos fundamentais, como limitador da atuação jurisdicional frente os demais órgãos estatais para realizar direitos fundamentais. Violaria o princípio da separação dos poderes a atuação do judiciário em um critério de correção ou de coerção da atividade abusiva ou omissiva da Administração Pública?

O tema é controverso, sinuoso, com amplos posicionamentos para todos os lados. Entretanto, qualquer conclusão que leve a restrição de eficácia daquilo que é garantido Constitucionalmente aos cidadãos merece ser questionado. Há má aplicação do princípio da Separação dos Poderes quando invocado de forma não criteriosa para fundamentar a impossibilidade de revisão de ato praticado por outro órgão estatal. Se a questão levada ao judiciário é a realização de um direito social, frustrado pela Administração Pública, exsurge o dever constitucional da inafastabilidade da jurisdição, devendo a lide se resolver através do discurso entre as partes.

A concepção de uma Separação dos Poderes rígida é totalmente inadequada qualquer que fosse o momento histórico. Ademais, como as normas jurídicas são fruto das relações sociais, é natural que sejam mutáveis. A mais clara constatação desta afirmação foi a necessidade de adequação da Separação dos Poderes conforme o momento histórico, em contexto com a realidade social. Ora, atualmente seria inconcebível a instituição dos modelos tal quais idealizados por Aristóteles, John Locke ou Montesquieu.

Em tempos pós-positivistas, de positividade e normatividade de princípios, de cooperação dos sujeitos no processo, de valoração – como nunca –

dos direitos fundamentais, é irrecusável negar a atuação do Poder Judiciário no controle da oportunidade e conveniência dos atos da Administração Pública, limitando-o à análise dos requisitos formais, como quer a doutrina mais tradicional. Se a concepção de uma real Separação dos Poderes passa pela ideia de independência entre tais, limitar a jurisdição apenas ao controle da legalidade do ato é tornar o Judiciário submisso ao Poder Executivo, quando atua em desvio de finalidade ou abuso de poder na aplicação dos critérios que envolvem o mérito do ato de interpretação discricionária.

Entendemos, pois, que em um Estado Democrático de Direito, qualquer ato que afronte ou ameace um direito fundamental não pode ser excluído da possibilidade de controle jurisdicional, garantindo a tutela aquele de direito, de forma adequada, justa e tempestiva.

### **3.3 A Inafastabilidade da Jurisdição**

A construção do princípio da inafastabilidade de uma jurisdição justa parte do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, onde prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Trata-se de norma de direito fundamental, de direito constitucional, originária, portanto insuscetível de abolição.

Tal princípio traduz a ideia de que o Estado avoca para si a responsabilidade de decidir qualquer litígio, proibindo ao particular a justiça de mão própria. Para tanto, cria instrumentos para viabilizar a prestação jurisdicional, a fim de que seja dado a quem tem razão uma tutela justa, adequada e tempestiva.

Dada a própria natureza desta norma, além do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, outros estados ideais podem ser construídos a partir da leitura deste dispositivo, como o Direito de Ação, o Direito de uma Tutela justa, Adequada e Tempestiva e o Devido Processo Legal.

Isto decorre do que se vem afirmado que não basta ao intérprete a mera conjectura literal do dispositivo legal. É também neste sentido que se faz a

seguinte ressalva: embora o dispositivo indique que o Poder Judiciário é o órgão competente para a apreciação de lesão ou ameaça a direito, algumas ressalvas devem ser feitas.

O Poder Judiciário está incumbido no exercício – típico – de uma função do estado: a jurisdição. Entretanto, a finalidade da norma jurídica é que a todos é garantido o direito a uma jurisdição justa, mesmo que não prestada pelo Poder Judiciário.

É o caso das partes que deliberam sobre direito disponível contratarem cláusula de convenção de arbitragem para a pacificação de possíveis litígios envolvendo o negócio jurídico. Nelson Nery Junior explica que “o fato de as partes constituírem convenção de arbitragem não significa ofensa ao princípio constitucional” (2009, p. 172), razão disto é que as partes apenas optam pela jurisdição arbitral invés da estatal.

Entretanto, no mais das vezes, aquele que sofre lesão ou ameaça aos seus direitos pode buscar a tutela jurisdicional por meio do Poder Judiciário.

Tal premissa refuta a tese de que a parte que pretende a efetivação de seus direitos frente os órgãos públicos deveria esgotar a via recursal administrativa para, somente então, ingressar na via judicial.

A exceção que se opõe é de permissivo constitucional, extraído do art. 217 e §§ da Magna Carta, que trata da justiça desportiva, onde necessariamente deve o interessado esvair-se das vias administrativas como requisito admissional de conhecimento da lide pelo Poder Judiciário.

De resto, qualquer ato que de alguma forma atente contra direitos pode e deverá ser apreciado pelo Poder Judiciário, desde que respeitados os requisitos formais.

É ao Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas. Neste mister, tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como preferirá e importará as condenações pecuniárias cabíveis (MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 2010, p. 121).

Vejamos se a inafastabilidade da jurisdição alcança a análise dos atos praticados pelos outros órgãos estatais.

### **3.3.1 Possibilidade de alcance da jurisdição frente aos órgãos estatais**

A norma constitucional do art. 5º, XXXV, visa garantir a todos o direito de pleitear em juízo a tutela jurisdicional, seja ela preventiva ou reparatória, no que concerne a direitos privados, públicos ou transindividuais (LENZA, Pedro. 2007, p. 722).

Qualquer direito lesado ou ameaçado pode ser levado ao poder Judiciário, mediante provocação, em busca de uma tutela adequada. Por ser tratar de norma constitucional de direito fundamental, todos os sujeitos da sociedade devam a ela se curvar.

O fundamento de tal afirmativa recai sobre a supremacia da Constituição Federal, pois, como lei fundante do Estado, qualquer lei ou ato normativo que daquela for incompatível deverá ser extirpado do ordenamento jurídico. Em se tratando de norma de direito fundamental, cuja eficácia é plena e a aplicabilidade imediata, com mais razão a sujeição erga omnes se impõe.

O Poder Público também se vincula às disposições constitucionais. Aliás, os direitos fundamentais, individuais e coletivos, por vezes, existem para limitar a atuação Estatal na esfera do particular e, por outras, para obrigar que o Estado legitimamente os efetive aos cidadãos.

Assim, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no exercício de suas atribuições típicas e atípicas, devem zelar para que seus atos estejam em legitima conformidade com a Constituição.

O órgão Judiciário, entretanto, como titular do exercício da jurisdição (juris dicere – dizer o direito), é competente para decidir se há violação a norma de direito constitucional, seja por ato praticado por ente privado ou público.

Não por outra razão que o ordenamento jurídico prevê um conjunto de instrumentos a possibilitar o Controle de Constitucionalidade, concentrado ou difuso,

com o intuito de declarar nulas leis e atos normativos que afrontem o texto constitucional.

No mesmo sentido, também concorre a real possibilidade do Judiciário realizar o controle de atos discricionários tomados pela Administração Pública, cada vez mais aceita na doutrina e recorrente na jurisprudência, em atos, embora regulares no sentido formal, contrários substancialmente às normas de direito fundamental.

Dá-se por superado o entendimento de que fere o Princípio da Separação dos Poderes a atuação do órgão Judiciário frente atos dos outros órgãos estatais. Ressalta-se, para tanto, a crítica ao atual modelo de separação dos poderes, ante a realidade política e social do país.

Além disso, se a teoria da norma aqui estudada estiver correta, trata-se de evidente colisão entre princípios constitucionais, veiculados por normas de direito constitucional originária, sem qualquer prevalência – no plano abstrato – entre tais.

O conflito somente se resolveria mediante a aplicação de um postulado normativo aplicativo, verificando se, no caso concreto, a violação de um determinado direito fundamental dá ensejo à interferência da prestação de uma tutela justa e adequada, não importando de onde a violação se origina.

Em uma sociedade justa e bem ordenada, as leis não podem comprometer a realização dos direitos fundamentais. Sendo tais direitos fundamentais trunfos contra a maioria, não poderia essa maioria, mas um órgão independente e especializado quem deveria ter a competência para verificar a existência de ações ou omissões contrárias à Constituição. (CAMBI, Eduardo, 2010, p. 205).

O que se demonstra é a possibilidade do alcance jurisdicional determinado pelas normas de direito fundamental, sem discutir se em todos os casos a jurisprudência conclui pela melhor solução acerca do tema.

Isto porque, nas decisões sobre questões complexas a carga de argumentação e fundamentação necessariamente aumenta, a fim de legitimar o pronunciamento, esvaindo-o de vícios quanto a sua procedimentalidade e aplicabilidade.

A Constituição Federal de 1988 não pretende um juiz nos moldes de napoleônicos, legalista, positivista, a boca da lei. O juiz dos dias atuais deve se preocupar com o caráter eminentemente político da jurisdição, com a celeridade processual, a instrumentalidade das formas, o pronunciamento de uma tutela justa e adequada, devendo intervir, inclusive, na esfera pertencente aos outros poderes quando estes atuam em desconformidade com o que lhes impõe a lei maior.



## **4 CONTROLE JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Todo o agir da administração pública está condicionado à lei, seja em atos vinculados ou discricionários. Desse modo, a Administração Pública se sujeita a diversos tipos de controles, para garantir que sua atuação corresponda sempre à finalidade que lhe compete.

Em síntese, o controle pode ser exercido de forma interna, quando feito pela própria Administração, ou de forma externa, quando realizado pelo legislativo e pelo judiciário e o objeto a que se submete o controle pode ser a legalidade ou o mérito do ato praticado.

O controle legalidade diz respeito à conformação do ato conforme a lei e a sua finalidade. O controle de mérito, diz respeito à conformação do ato com a conveniência, a oportunidade e a eficiência dos atos praticados pela Administração (GASPARINI, Diogenes, 2011, p. 1025).

Neste trabalho, entretanto, nos limitaremos ao controle exercido pelo Judiciário no que tange à análise de mérito dos atos discricionários, tidos pela maioria dos doutrinadores administrativistas como não passíveis de análise jurisdicional.

Entretanto, antes de adentrar no assunto específico, passaremos à análise dos princípios constitucionais que expressamente delineiam a atividade administrativa.

### **4.1 Princípios Constitucionais Informadores da Administração Pública**

O Direito Administrativo é um ramo do direito público umbilicalmente ligado ao Direito Constitucional, de modo que, como não poderia deixar de ser, a própria Constituição Federal traça alguns os princípios que deverão nortear o agir administrativo. Cabe lembrar que a ideia de princípio, como espécie normativa, tem condão de imperatividade, não podendo a qualquer custo serem desconsiderados.

No *caput* do art. 37, a Constituição Federal determina que a Administração Pública “obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Tais princípios, conforme costuma classificar a doutrina, são os princípios constitucionais expressos da Administração, não excluindo outros igualmente constitucionais e essenciais à atuação administrativa.

Entretanto, em face deste estudo, nos basta a análise destes cinco princípios, sem que nos aprofundemos no assunto.

#### **4.1.1 Legalidade**

Conforme assevera Gasparini, “o princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não podendo se afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade do seu autor” (2011, p. 61).

Trata-se de uma consequência do Estado de Democrático de Direito. A instituição das leis foi no passado o limite da atuação autoritária do Estado e, nos dias de hoje, mantém o condão de evitar atuação em conformidade com o ordenamento jurídico, evitando, assim, favoritismos, busca e realização de interesses pelo administrador que não aquele delineado em lei.

Frequentemente, recai-se aqui às diferenças acerca do que determina o Princípio da Legalidade em relação aos particulares e ao Poder Público. Enquanto para os particulares o princípio da legalidade possibilita fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a interpretação de tal princípio para a Administração Pública deve ser no sentido de que administração só pode fazer o que a lei previamente autorize.

Tal princípio é relativizado em situações excepcionais, que demandem certa urgência, como é o caso das medidas provisórias, da decretação do estado de defesa e do estado de sítio. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, 2011, p. 106).

### **4.1.2 Impessoalidade**

O princípio da Impessoalidade é decorrente da própria noção de isonomia a que determina a Constituição Federal no *caput* do art. 5º. Traduz a ideia de que o serviço prestado pela Administração Pública deve ser destinado a todos os administrados, não podendo haver prevalência ou discriminação sobre qualquer um deles.

### **4.1.3 Moralidade**

O princípio da Moralidade Administrativa traduz a ideia de que o ato praticado pelo agente público, além de estritamente em conformidade com a lei, não pode desvirtuar os valores ético-jurídicos a que correspondem. O que existe aqui é o dever da boa-fé e lealdade, que deve acompanhar qualquer ato proveniente do Poder Público.

Assevera Gasparini que “o ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só à lei, mas à própria moral, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos” (2011, p. 64).

### **4.1.4 Publicidade**

Se a atividade administrativa existe senão em razão de uma função do Poder Estatal que, nos termos da Constituição Federal, emana do povo, não é por outro motivo que se demanda a publicidade dos atos por esta praticados, dando-lhes transparência e legitimando a possibilidade do controle.

Excetua-se o princípio da publicidade quando o ato estiver relacionado à segurança nacional, os ligados a investigações e dos pedidos de retificação de

dados (GASPARINI, 2011, p. 65). Autorizado o sigilo, a publicidade é mitigada e o acesso se restringe aos envolvidos no caso em questão.

#### **4.1.5 Eficiência**

O Princípio da Eficiência traduz a ideia de que a Administração Pública deve exercer seu papel com rapidez, perfeição e rendimentos (GASPARINI, 2011, p. 76).

Tal princípio decorre daquilo que a doutrina Italiana chama de dever da boa administração. A atuação administrativa deve se valer do meio mais eficaz para atingir seus objetivos, desde que sejam meios igualmente idôneos e sobre a égide da legalidade.

#### **4.2 Mérito da Discricionariedade e o Controle Jurisdicional**

Por séculos a fio, desde a instituição da Separação dos Poderes, da lei como ato de vontade do povo, a atuação do Estado se vincula aos estritos mandamentos a que se condicionava a legislação.

Ainda que diversas as mutações ocorridas na concepção do princípio da legalidade, as quais aqui não se pretende aprofundar, é certo que desde a institucionalização das regras no Estado os indivíduos de uma sociedade têm a lei ao seu favor, como limite das tiranias do poder.

Neste teor, se no Estado monárquico havia plena discricionariedade do rei no exercício do poder, a partir do Estado Liberal surge uma vinculação dos órgãos públicos à vontade democrática, por mais relativa que fosse.

A lei, enquanto ato geral e impessoal, entretanto, não tem o condão de prever e regular, no mundo jurídico, todas as ações humanas, determinando o que fazer ao ente público diante da incidência de uma variável fática. A atuação

discricionária é essencial e excepcional, existe através da vontade da lei, que delega competência de atuação ao órgão público, conforme um juízo de mérito.

Numa concepção clássica, tal juízo de mérito consiste na aplicação de critérios de conveniência e oportunidade para a prática de um ato, tendo como observância a finalidade do interesse público.

De forma geral, a construção jurídica acerca do controle dos atos de administração se bifurca entre os que defendem a intangibilidade da análise do mérito administrativo – fundamentando, sobretudo, numa concepção rígida da separação dos poderes, limitando o judiciário à análise da legalidade do ato – e aqueles que entendem pelo controle de qualquer ato, seja de interpretação vinculada ou discricionária, quando contrários aos preceitos constitucionais.

Vale dizer que não há entre os autores alguém que defenda a impossibilidade do controle jurisdicional dos atos praticados pela administração pública, mas divergem tão somente quanto ao seu alcance, limitando-se alguns apenas à possibilidade da análise da legalidade do ato, nada podendo se deliberar quanto ao mérito. Neste sentido, o posicionamento de renomados juristas, como Diogenes Gasparini (2011, p. 1046):

O objetivo do controle jurisdicional é o exame da legalidade do ato ou atividade administrativa, conformando um e outra, se legais, ou desfazendo-os, se contrários ao Direito. Não lhes cabe, portanto, qualquer apreciação de mérito, isto é, de conveniência, oportunidade ou economicidade da medida ou ato da Administração Pública.

José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 1105-1106):

O que é vedado ao Judiciário, como corretamente têm decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público. (...) Além do mais, a invasão de atribuições é vedada na Constituição em face do sistema de tripartição de Poderes (art. 2º).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 755):

Quanto os atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito (oportunidade e conveniência).

Dentre as justificativas lançadas por esta vertente doutrinária, a mais recorrente e de maior relevância é a de que a atuação jurisdicional, nestes casos, caracteriza-se abuso de competência de um poder em detrimento do outro, em legítimo descompasso daquilo que propõe uma teoria da separação dos poderes. Ou seja, embora o controle dos atos administrativos discricionários pelo judiciário exista em resposta do sistema de *checks and balances*, como forma de manter a harmonia e o equilíbrio entre eles, permitir o controle de mérito dos atos é legitimar interferência excessiva de um poder sobre o outro.

Embora se trate de um argumento de peso, uma vez que o instituto da separação de poderes é indispensável para um Estado Democrático de Direito, restam as já anteriormente colocadas objeções sobre a rígida concepção deste princípio (item 3.2.3). Em tempos de constitucionalização de direitos fundamentais, tal visão sobre a separação dos poderes revela arcaísmo, não podendo tê-lo como argumento absoluto, à luz do que determina a Constituição Federal.

É justamente em razão da atual fase do Direito Público, marcada pela normatividade dos princípios, a demasiada utilização de conceitos fluídos pelos legisladores constituinte e ordinário, pela constitucionalização de direitos fundamentais e a supremacia da ordem constitucional que se baseia a segunda grande construção jurídica.

Não há de existir uma concepção teórico-funcional do Direito Administrativo senão aquela que acompanha a Constituição Federal. O agir discricionário dos entes de direito público, indispensável para a sua própria atuação, não deve se desgarrar os princípios e mandamentos constitucionais. Qualquer escolha, no que tange à conveniência ou oportunidade, deve ser interpretada conforme o preceito da Lei Maior.

Assim, o Poder Judiciário, galgado na norma que se constrói a partir do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não pode, quando invocado, se abster de prover uma tutela justa, adequada e tempestiva.

Vejamos, nesta linha, que o “poder” discricionário é atribuído tão somente a uma função, de modo que a interpretação do termo não pode corresponder a uma imputação absoluta, impenetrável e indiscutível a que confere a lei. A atual ideia de um Direito Administrativo Constitucionalizado não pode se vincular a uma já ultrapassada ideia de intangibilidade da separação dos poderes.

No tópico que segue traçaremos as principais balizas que permeiam a o controle dos atos administrativos pelo exercício da jurisdição tendo em conta uma visão pós-positivista.

#### **4.2.1 O Agir Discricionário como Dever da Legalidade**

O Poder Discricionário decorrente da maior interpretação a que confere um dispositivo legal, não raras vezes, tem sido imperativo – como se fosse absoluto – para justificar a atuação estatal, se valendo como barreira intransponível a qualquer contraponto argumentativo.

Vejamos, pois, que o Estado Democrático de Direito, galgado a partir da ideia rousseana da igualdade mediante a concessão de poder pelo indivíduo, submetendo todos à ingerência estatal, não corresponde com um comportamento totalitário. Em sendo a origem do poder a vontade do nacional, a atuação estatal, nos moldes do Estado Social que preconiza a Constituição Federal, deve ir além das meras liberdades jurídicas, garantindo aos cidadãos liberdades reais, fáticas.

Neste sentido, a ideia de um “poder” discricionário não corresponde à faculdade ou possibilidade de prestação, mas um dever do Estado para com o cidadão, observadas as finalidades da lei. Ora, as normas legais não se tratam apenas de um conjunto de palavras sistematicamente organizadas, mas apontam sempre uma finalidade, com caráter vinculante e *erga omnes*.

A ordenação normativa propõe sempre uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam, para quaisquer agentes estatais, como obrigatórias. A busca destas finalidades tem o caráter de *dever* (antes do que “poder”), caracterizando uma *função*, em sentido jurídico. (MELLO, 2010, p. 13).

Função no sentido jurídico, a que trata o ilustre doutrinador *supra*, corresponde ao dever decorrente de um imperativo normativo no sentido de promover o interesse de outrem, consubstanciando as finalidades a que apontam as normas envolvidas (MELLO, 2010, p. 13).

Por assim dizer, a atuação administrativa, seja em razão de atos de interpretação vinculada ou discricionária, está sempre no exercício da função obrigatória de atender aos interesses alheios, respeitando sempre os princípios que a orienta, como os Princípios da Impessoalidade e da Supremacia do Interesse Público.

No entanto, se o poder discricionário é conferido aos órgãos públicos por força de lei, em caráter imperativo e não facultativo, em que medida pode se dizer que há uma discricionariedade?

A discricionariedade administrativa decorre da própria liberdade interpretativa que demanda a construção da norma jurídica. Assim, não há de se falar que os atos administrativos são ou não discricionários, mas serão vinculados ou discricionários na medida da liberdade conferida ao agente público para a tomada de decisão. Não é o ato que é discricionário, mas a interpretação que se dá a ele.

Aliás, cabe aqui observar que embora seja comum falar-se em “ato discricionário”, a expressão deve ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem” (MELLO, 2010, p. 18).

A impropriedade se manifesta, pois, toda discricionariedade conferida por lei traz elementos de vinculação, os quais não pode o intérprete desconsiderar. Mesmo a norma que contenha um comando aberto, de conteúdo fluído, em que seja possível uma interpretação mais flexível pelo administrador para legitimar a sua atuação, há outros elementos lógicos, empíricos e semânticos que não podem ser descartados.



O professor Celso Antônio Bandeira de Mello classifica a discricionariedade como decorrente da hipótese, do mandamento ou da finalidade que se extrai da norma jurídica (2010, p. 968-970). Seja qual for o motivo que permita a atuação discricionária, o elemento que dá margem a certa liberdade de atuação também é o elemento que a limita, em antagônica e proposital formulação.

Na discricionariedade decorrente do motivo da norma, ou da hipótese da norma, a prática do ato pelo administrador deve ser feita conforme os objetivos a que se funda a norma que legitima a discricionariedade. Nesta linha, a Administração transcende os limites de sua discricionariedade ao desvirtuar os motivos, interpretando estes conceitos abertos de forma contrária ao pretendido, mesmo que a decisão tomada seja moralmente idônea e sem interesse pessoal.

Quando a norma determina certo mandamento, sobre o que fazer ou não fazer, sobre a de aplicação entre duas ou mais multas, sobre a quantificação da multa entre “X” e “Y”, etc., ainda que haja maior liberdade do agente público, também há vinculação estabelecida pela lei. Não cabe ao agente público, por exemplo, aplicar multa que superasse o valor “Y” ou que fosse menor que “X”.

Imagine o preceito legal que impõe a faculdade de aplicação de determinada multa no valor de “N” reais para o agente que realizar a medida “M”. À Administração apenas cabe atuar pautado na possibilidade de aplicar ou não a multa (exercício da faculdade), não podendo deliberar sobre sua quantificação (já fixada no valor “N”) nem sobre seus motivos (“M”- medida hipótese de sua incidência)

Dentre as inúmeras hipóteses passíveis de serem construídas, assevera-se que nos casos em que há uma determinação legal, sob a permissiva discricionariedade, subsiste elementos sob o crivo da vinculação, não podendo o ente público delas desgarrar-se.

O administrador, todavia, também não pode se abandonar da finalidade da norma. A atuação administrativa ultrapassa a finalidade da norma quando atua naquilo que o ordenamento Francês chama de desvio de poder (*détournement de pouvoir*). O ente público que, no exercício de suas funções, atua de forma diversa com a finalidade visada pela norma, dando-lhe interpretação diversa a justificar seus atos, pratica o abuso de poder.

Há, então, um desvirtuamento do poder, pois o Poder Público, como de outra feita averbamos, falseia, deliberadamente ou não, com intuitos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que se configuraria, ante o sentido da norma aplicanda, como o objetivo prezável e atingível pelo ato. Trata-se, pois, de um vício objetivo, pois o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou (MELLO, 2010, p. 980).

Portanto, ainda que se admita a nomenclatura “ato discricionário”, não se trata de atributo exclusivo de seu dever-ser, pois imperiosas as limitações que são opostas no próprio permissivo legal. “Por paradoxal que pareça, os mesmos fatores que podem gerar imprecisão engendram igualmente os pontos de demarcação, de par com a ‘causa’ do ato” (MELLO, 2010, p. 974-975).

As principais limitações, embora descritas no próprio texto legal, na verdade, imperam ante uma variável: o caso em concreto. É somente diante do caso fático será possível verificar se houve excesso, se escolheu mal entre as saídas possíveis, se atuou ou deixou de atuar quando necessário. O estudo, aliás, reporta um confronto de interesses que somente poderia se resolver mediante a aplicação de postulados aplicativos normativos, como se desenvolve na parte final deste trabalho (item 5.3).

Isto porque qualquer atuação estatal é vinculada à Constituição Federal, em decorrência do Princípio da Supremacia Constitucional, não podendo a aplicação de uma regra desconsiderar o resto do ordenamento jurídico. Mesmo que a lei permita a atuação administrativa em executar o comando “X”, as particularidades do plano concreto podem ensejar violação ou limitação de direito caso seja esta a medida adotada, impedindo-a de se exteriorizar no mundo dos fatos.

Veja-se: se a lei admitir, no caso de infrações a regras de trânsito, aplicação de sanções tais como advertência, multa, suspensão do exercício da atividade, e cancelamento da licença para dirigir, sem especificar com exata precisão quais delas aplicar-se-ão a tais ou quais comportamentos infracionais, à toda evidência o administrador não poderiam aplicar esta última, a mais grave delas, a um motorista que, permanecendo na direção do veículo, houvesse estacionado em local proibido. E, se estivesse apenas tentando manobrar para efetuar dito estacionamento, é óbvio que mais não caberia senão uma simples advertência. Finalmente, se o ato de estacionar houvesse se efetuado para recolher pessoa que acabara de acidentar no local e que demandava cuidados para seu transporte, nenhuma sanção poderia ser aplicada (MELLO, 2010, p. 988).

Tal entendimento é corolário da própria finalidade da lei permitir que atuação administrativa por vezes delibere discricionariamente sobre seus atos. É inviável imaginar que o ordenamento jurídico pretendesse prever todas as condutas humanas, criando regras para regular cada uma delas. Mesmo porque não há de se olvidar que o próprio ato legislativo deve ser genérico e impessoal, isto é, a lei deve ser editada para a coletividade genericamente.

Aliás, não se trata do Poder Judiciário eliminar a discricionariedade administrativa, mas de interpretá-la, verificando se o sentido dado pela interpretação do ente público corresponde com a sua finalidade, contrapondo com as razões mundo dos fatos. Também não se trata de excluir o subjetivismo do administrador na deliberação acerca de conceitos jurídicos fluídos, mas de observar se a interpretação dada por este não contrapõe o próprio conteúdo semântico da palavra, eliminando que entendesse como “mais” o que a norma dispõe como “menos”. Ainda, não quer que o Poder Judiciário elimine as faculdades da Administração, em atuar ou deixar de atuar, em aplicar uma medida invés da outra, em quantificar para mais ou menos o valor da multa, etc., mas apenas afastar as decisões que figuram desvio de poder, totalmente desprovidas de razoabilidade ao analisar o caso concreto.

É de se imaginar que um ente de administração, seja de autonomia pública ou privada, saiba o momento da prática de algum ato determinante. Cabe à Administração Pública, no exercício de suas atribuições, deliberar pela conveniência e oportunidade da prática de um determinado ato. Tal premissa, no entanto, não foge à regra da análise do ordenamento jurídico como um todo, devendo orientar-se pelos princípios constitucionais que permeiam a própria administração pública, delineados no art. 37 da Constituição Federal.

O princípio da efetividade da Administração Pública, que integra o texto constitucional por força da EC nº 19/98, traduz a obrigação da Administração Pública, direta e indireta, de “realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade” (GASPARINI, 2011, p. 76).

A obrigação de um serviço público eficiente, preocupado com o bem comum dos cidadãos, no sentido de uma ética de resultados, decorre da própria razão de um Estado Democrático de Direito.

Diante disto, poderia a administração pública respaldar sua omissão na implantação do bem estar social, em conformidade com as finalidades e objetivos do Estado, determinantes em nossa Constituição, sob a simples alegação de cabe a ela – e somente a ela – decidir pela inconveniência da atual prática do ato? A afirmação desta pergunta poderia incorrer na teoria francesa do Desvio do Poder.

Estabelecidas tais premissas, de que a atuação discricionária se limita, dentre outras, ao próprio conteúdo semântico da norma e da finalidade propõe, constitui ainda desvio de poder o agir da Administração que atua sob a justificativa do interesse público, mas o faz visando objetivo diverso, no interesse de terceiro ou próprio.

Tal teoria, de origem francesa, admite o controle do mérito (conveniência e oportunidade) dos atos administrativos de interpretação discricionária quando o agente público que atua sobre a falsária legitimação do interesse público não o faz em juízo de mérito, mas transgredindo a própria legislação, em nítida má-fé.

Trata-se, pois, de um vício particularmente censurável, já que se traduz em comportamento insidioso. A autoridade atua embuçada em pretenso interesse público, ocultando dessarte seu malicioso desígnio. Sob a máscara da legalidade, procura, à esconsa, alcançar finalidade estranha à competência que possui. Em outras palavras: atua à falsa-fé. Enquanto de público o ato se apresenta escorreito, na verdade possui uma outra face que se forceja por ocultar, já que é constituída de má-morte e orientada para escopos subalternos. (MELLO, 20110, p. 62).

A atuação ou omissão do agente do Estado se valendo do poder discricionário sobre pretexto interesse público para a realização de interesses próprios, quaisquer que sejam, caracteriza violação legal e macula o próprio mérito do ato administrativo.

Há de se entender que também se configuraria desvio de poder na atuação discricionária o ato que pretere injustificadamente e ilegitimamente a concessão ou exercício de um direito fundamental ao particular.

Resta, pois, a dificuldade em se provar a pretensa má intenção do administrador nestes casos, não que fosse *conditio sine qua non* de corrigibilidade por parte do Poder Judiciário, mas apenas para fins de constatar o abuso. Para

tanto, deve o aplicador da lei se atentar pormenorizadamente às justificativas, às condições, às opções e todos os demais elementos que compõem o possível desvio de poder.

Concorrem para identificar o desvio de poder fatores como a irrazoabilidade da medida, sua discrepância com a conduta habitual da Administração em casos iguais, a desproporcionalidade entre o conteúdo do ato e os fatos em que se embasou, a incoerência entre as premissas lógicas ou jurídicas assim como antecedentes do ato reveladores de animosidade, indisposição política ou, pelo contrário, de intuítos de favoritismo. Até mesmo a conduta pregressa do agente, reveladora de temperamento descomedido, vindicativo ou proclive a apadrinhar um quadro que, em sua globalidade, autorize a reconhecer desvio de poder. Em rigor é o plexo de elementos antecedentes do ato que propicia rastrear seu ânimo impulsor ensachando que se forme ou não a “convicção moral” sobre o extravio em relação ao fim que deriva atender. (MELLO, 2010, p. 80).

Por esta e pelas outras razões já demonstradas, dá-se por antiquada a ideia de que ao Poder Judiciário cabe apenas a análise legal dos atos administrativos.

## 5 A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A nova hermenêutica constitucional, brevemente delineada no capítulo primeiro deste trabalho, decorrente da atual fase democrática e da evolução das ciências jurídico-políticas, culminam com uma expansão da jurisdição constitucional, autorizando, por consequência, maior liberdade de atuação do Poder Judiciário para a realização de direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, como aqui se tentou demonstrar, há uma relativização do conceito dos princípios, tendo-os como espécies normativas, de caráter vinculante e obrigatório, que apontam sempre um dever *prima facie*. Tal concepção culmina com a relativização de uma rígida concepção do princípio da Separação dos Poderes, de modo a legitimar sempre a vontade constituinte, não podendo fazê-lo como óbice ao próprio Estado Democrático de Direito.

Assim, exsurge o dever constitucional ao Judiciário de prestar uma tutela justa, adequada e tempestiva, nos moldes do que preconiza o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, não podendo mais se ter como limite concepções firmadas em regimes autocráticos, em total descompasso com o direito constitucional, como é o caso da alegada impossibilidade de análise judicial do mérito administrativo.

O papel do Judiciário assume relevante importância na consagração do princípio republicano, de modo que, resta-nos aqui, a análise da aplicabilidade dos direitos sociais em tempos neoconstitucionais frente às teorias restritivas apresentadas nas últimas décadas e ao argumento da ilegitimidade democrática de atuação dos juízes.

### 5.1 Direitos Fundamentais Sociais

A dogmática dos direitos fundamentais instituída pela Constituição federal de 1998 aponta as diversas funções dos tais no ordenamento jurídico.

Enquanto na primeira geração de direitos preconizada pelo Estado Liberal, os direitos (fundamentais) lá instituídos eram eminentemente negativos, compreendidos nas liberdades e exigindo a não intervenção pelo Estado.

Não obstante, a história jurídica conta que a existência de direitos de defesa não bastou para a manutenção da sociedade, uma vez que a igualdade instituída pela concepção liberal e os direitos negativos era apenas jurídica, não sendo capaz, no plano fático, de assegurar aos cidadãos a liberdade enquanto manutenção de uma vida digna.

A Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, buscou com que o Estado fosse o responsável pela crise social que afrontava aquela nação após a derrota da Primeira Guerra Mundial. Por razões meramente políticas, entretanto, a República de Weimar, maquiada por uma falsa democracia, facilmente cedeu ao radicalismo político e a tomada do poder pelos nazistas. Após o período tortuoso do governo ditatorial na Alemanha, de supressão total dos direitos fundamentais, com a derrota na Segunda Guerra Mundial, a restauração da democracia com a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (a Carta de Bonn), não trazia em seu texto a previsão de qualquer direito social. A não inserção de tais direitos na Lei Fundamental de Bonn decorre da ideia que se teve sobre a inaplicabilidade destes direitos, sendo-os textos sem normatividade, cominando com a sensação social de utopia.

Não é de hoje, entretanto, que o Tribunal Constitucional da Alemanha reconhece as diversas funções dos direitos fundamentais, não podendo, a todo custo, se limitarem a uma dimensão exclusivamente defensiva. A instituição dos direitos de liberdades deve compreender o exercício de uma liberdade fática, a qual não pode ser obtida senão quando garantidas as condições mínimas para o seu exercício. A construção jurisprudencial na Alemanha culmina com a existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, atualmente pacífica e objeto de grande construção doutrinária no Brasil.

De modo diverso com o que ocorre na Lei Fundamental da Alemanha, a Constituição brasileira de 1988 inclui os direitos sociais no rol dos direitos fundamentais, dispondo em seu art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma

desta Constituição”. Tal previsão corresponde com as necessidades básicas para a existência e uma vida humana digna, nos termos do princípio basilar elencado no art. 1º, III, da Carta Maior.

A existência expressa dos direitos sociais na Constituição, de pronto, já desencadeia alguns reflexos jurídico-normativos. Por primeiro, cabe apontar que, por ser um direito fundamental, está resguardado a função jurídico-objetiva dos direitos sociais. Dada a supremacia da constituição federal e da máxima força jurídica dos direitos fundamentais, toda interpretação deve guardar precedência com estes. Além disso, ainda sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais, demandam uma função protetiva por parte do Estado, de modo que a sua atuação não leve a qualquer limitação de tais direitos. Por fim, a existência de direitos sociais como fundamentais na Constituição Federal, demanda uma atuação positiva do Estado para efetivá-los, criando e mantendo institutos e os meios necessários à sua promoção.

Por outro lado, o reconhecimento de direitos subjetivos aos cidadãos ao que concerne aos direitos sociais é objeto de incansável debate jurídico até os dias de hoje. Ainda que qualquer direito fundamental tenha uma dupla dimensão (negativa e positiva), os direitos sociais são eminentemente prestacionais, exigindo, para a sua satisfação, uma atuação positiva do Estado. Nesta linha de raciocínio, a doutrina diverge quanto à possibilidade de reconhecer os direitos sociais prestacionais como direitos subjetivos – no que concerne a possibilidade de reclamá-los em juízo – quando ainda não minuciosamente regulados pela legislação ordinária. É o caso, portanto, da discussão sobre os direitos prestacionais originários, quando o direito subjetivo decorre da interpretação normativa constitucional, e o dos direitos prestacionais derivados, quando já regulados pela legislação infraconstitucional.

Considerando, nestes casos, que todo direito fundamental tem dimensões positiva e subjetiva, no que concerne ao aspecto defensivo, os direitos fundamentais sociais inquestionavelmente podem ser reconhecidos como direitos subjetivos, podendo o particular buscar os meios necessários para impedir qualquer ataque ao seu direito.

A discussão cinge-se no que concerne ao reconhecimento de direitos subjetivos numa dimensão positiva dos direitos fundamentais, como direitos a



prestações. A relação de tensão do discurso está entre aqueles que reconhecem os direitos sociais como meras normas programáticas, características de uma constituição dirigente, no qual há o imperativo constitucional ao legislador para regulamentar, conforme a situação estatal, os fins e objetivos que apontam a norma constitucional, e entre aqueles que defendem a aplicabilidade do §1º do art. 5º da Constituição Federal, onde determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Não parece compatível com um Estado Democrático de Direito o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais como normas programáticas, sobretudo em face do que expressamente dispõe o §1º do art. 5º da Constituição. A possibilidade de reconhecer um direito subjetivo ao indivíduo somente quando regulado por lei infraconstitucional tende ao questionamento da própria força jurídica da Carta Política. Nestes termos acentua Alexy: “direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode simplesmente ser deixada para uma maioria parlamentar simples”.

Acompanhamos a doutrina moderna, que reconhece os direitos fundamentais como direitos subjetivos, seja em sua condição de direitos prestacionais originários ou derivados, mesmo porque, ainda que a matéria tenha sido efetivamente regulamentada pelo legislador ordinário, pode ser que tal regulamentação seja ineficiente ante a necessidade de um *mínimo existencial*.

Desde já, entretanto, é necessário deixar claro que o reconhecimento de direitos subjetivos tendo como objeto a efetivação dos direitos sociais não pode ser confundido com a sua justiciabilidade. Os direitos fundamentais sociais demandam um alto custo para a sua promoção, de modo que, não raras vezes, haverá alguns limites para a sua aplicabilidade. Além do mais, o processo argumentativo para a implantação de um direito social prestacional originário é amplo, do mesmo em que é agravada a atividade criativa e o dever de fundamentação do magistrado.

Esta carga de tensão argumentativa, no mais das vezes, é composta por duas teorias – igualmente alemãs – acerca do reconhecimento dos direitos fundamentais sociais. Como já pontuado, os direitos sociais existem diante da insuficiência ao se reconhecer apenas a liberdade jurídica dos indivíduos. Assim, a busca por uma liberdade de fato deve compreender a uma igualdade material, ao

menos ao nível de possibilitar ao cidadão o exercício de suas próprias escolhas, e não escravo da sua fome e miserabilidade. Em contraponto está a teoria que leva em conta o alto custo de promoção dos direitos sociais, condicionando a possibilidade de efetivação de tais direitos à existência de dinheiro em caixa.

Nos tópicos que seguem, tentaremos tratar sobre o que corresponde cada uma destas teorias.

### **5.1.1 Limite econômico: a reserva do possível**

A transposição daquilo que é garantido no mundo dos direitos para a modificação da realidade no mundo dos fatos sofre alguns limites naturais a serem enfrentados. No que concerne à implantação de direitos sociais o limite fático que toma maior relevância é a impossibilidade financeira de se prover tudo a todos em um Estado de Direito.

A reserva do possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito. O direito é um fenômeno prescritivo, ou seja, as normas jurídicas têm por fundamento uma realidade fática, a partir da qual prescrevem condutas. Dentro desta concepção, é certo que o Direito não pode prescrever o impossível – e é neste sentido, em um primeiro momento, que se pode abortar a temática da reserva do possível, embora trazendo a discussão para o campo dos direitos fundamentais sociais a prestações (OLSEN, Ana Carolina Lopes, 2008, p. 201).

A dificuldade decorre do objeto dos direitos fundamentais sociais. Qualquer direito fundamental social demanda um alto custo para sua implantação. Tal fato não é de difícil compreensão, senão vejamos, a título de ilustração, ao se garantir o direito do livre acesso a um serviço de saúde público e adequado, necessariamente há de se exigir do Poder Público que construa hospitais e unidades de saúdes suficientes para atender toda a população, a compra de equipamentos modernos e adequados aos padrões da medicina, a contratação de profissionais especializados, melhor remuneração dos servidores da saúde, etc.

No que compete aos direitos de liberdades, clássicos direitos de defesa, tal limite não é exercitável. Ainda que todo direito fundamental seja bidimensional, mesmo quando necessária alguma atuação positiva do estado para efetivá-los, normalmente, não se depreende alto valor econômico.

A Teoria da Reserva do Possível surge na Alemanha na década de 70, no famoso caso em que se discutia a obrigação do Estado em aumentar o número de vagas nas universidades para garantir o direito à educação. Oportunamente, o Tribunal Constitucional Alemão declarou que a efetivação daquilo que dispunha a Constituição sobre os direitos sociais dependeria da aplicação do critério do razoável, ao se sobrepor com a situação do mundo dos fatos.

Essa teoria, na verdade, representa uma adaptação de um tópos da jurisprudência constitucional alemã (*Der Vorbehalt des Möglichen*), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. (KRELL, 2002, p. 52).

A conclusão sobre haver ou não disponibilidade econômica para a efetivação de políticas públicas se encontra na seara da discricionariedade do Executivo, enquanto que cabe ao Legislativo a elaboração de lei federal que regulamente os direitos sociais prestacionais. De fato, tais órgãos são os mais preparados para aferir a possibilidade econômica da implantação ou não de certo direito fundamental. Daí para a conclusão de que a Teoria da Reserva do Possível é limite para a efetivação dos direitos sociais prestacionais pela via judicial há um enorme abismo intelectual.

Isto porque deve se considerar algumas ressalvas sobre a aplicação *ipsis litteris* de uma teoria oriunda de um direito comparado. Se o direito é fruto dos movimentos sociais, certamente uma teoria desenvolvida para a realidade de um país componente da União Europeia não pode ser literalmente transplantada para países emergentes.

A reserva do possível nasce como limite do Estado Social, num contexto em que os direitos sociais já estão minimamente implantados, para evitar que o maquinário público sucumba em seu dever eminentemente paternalista. Como justificar a aplicação da teoria em um país que não sofreu o processo das “gerações

de direitos”, ou seja, um país que chega ao Estado Neoliberal sem nunca ter efetivamente implantado os direitos de segunda geração?

Por outro lado, é evidente que não se pode chegar à conclusão de que o abismo sociocultural vivenciado no Brasil possa autorizar a concessão de tudo a todos pelo Estado. Há direitos prestacionais sociais que seu objeto inviabiliza a prestação estatal em países desenvolvidos ou emergentes. É o caso, por exemplo, do direito a moradia. Outras vezes, não é o objeto que inviabiliza a prestação jurisdicional, mas o próprio particular que a pleiteia. Nesta linha, em terras nacionais, não há de se admitir o dever estatal de prover certo tratamento de saúde àquele que possa contratá-lo sem prejuízo próprio ou de sua família, no que tange à restrição da autopromoção de outros direitos fundamentais.

Neste mesmo sentido, não há de se imaginar o reconhecimento de um direito social a prestação em um objeto impossível. Não pode o intérprete obrigar os órgãos público aquilo que é inexigível. “Por exemplo: embora a Constituição preveja como direito fundamental de todo cidadão o direito à saúde, não poderá o titular deste direito pleitear em juízo, o fornecimento do remédio capaz de promover a cura para a AIDS” (OLSEN, 2008, p. 204).

Entretanto, não se pode aceitar que o Estado dispare a simples justificativa de impossibilidade econômica para toda situação de reclame efetivação dos direitos sociais prestacionais. Justamente pelo fato de que o limite econômico não é característico dos direitos fundamentais sociais, mas apenas um elemento do mundo dos fatos, portanto, secundário. Nesta linha, há aqueles que defendem que há direitos em que sequer possa cogitar qualquer limite, quiçá econômico. É o caso dos direitos à saúde e à educação primária:

“Todavia, em relação à saúde e à educação, a situação fática se apresenta de maneira diferente. Há vários países – até na América Latina – que conseguiram estabelecer serviços de saúde preventiva e curativa e sistemas escolares que atendem às necessidades básicas da população. A questão aqui parece ser muito mais de vontade política e organização administrativa. Nessas áreas, a prestação concreta de serviços públicos e insuficientes por parte de municípios, dos estados e da União deveria ser compelida e corrigida por parte dos tribunais (KRELL, 2002, p. 56).

Resta aqui a necessidade de averiguação pelo magistrado da disponibilidade de recursos para a satisfação de um direito social. Além da demonstração da insuficiência econômica por aquele que a alega, talvez seja o caso de uma possível alocação de recursos. Não raras vezes há escassez no orçamento econômico para a realização de um direito fundamental social, enquanto que para outros assuntos há sempre “cofres cheios”. A realização de um direito fundamental social, por vezes, dada sua relevância em confronto com o caso em concreto, pode demandar uma ponderação de valores sobre qual dos objetos devem prevalecer.

A própria Constituição Federal determina a adoção de políticas públicas para a realização dos direitos fundamentais sociais a prestações e as coloca sobre certa margem de discricionariedade dos agentes públicos. Enquanto o agir discricionário se vincula ao ordenamento jurídico constitucional, havendo violação da lei ou da sua finalidade, culminando com a violação de um direito fundamental social, subsistiria novamente a utilização de um postulado normativo aplicativo para a solução do deslinde.

Parece-nos que a realização dos direitos fundamentais – e aqui compreendidos tanto os direitos “negativos” ou “positivos” – devem ser, ao menos, minimamente garantidos, no que tange a realização do que se põe como seu núcleo essencial. Ainda que os limites econômicos sejam uma realidade incontornável, somente se justifica a adoção de uma teoria da reserva do possível quando confrontada a “justificativa de insuficiência econômica” com a “realidade fática daquele que reclama o direito” para responder a seguinte pergunta: está o direito fundamental reclamado minimamente instituído? Levando em consideração a possibilidade do objeto e a situação econômica desfavorável do particular, sendo negativa a resposta, a administração pública deve se ver no dever constitucional de prestar assistência, garantindo o direito fundamental, seja de forma voluntária ou coagido por um pronunciamento judicial.

### 5.1.2 Limite do limite: a necessidade do “mínimo existencial”

A concepção da necessidade de se garantir um mínimo existencial, no que concerne à prestação por parte do Estado dos direitos fundamentais básicos tem início na Alemanha pós Primeira Guerra, numa construção teórica baseada nos direitos de liberdade, na dignidade da pessoa humana e no princípio do Estado Social da Constituição de Bonn (1949), uma vez que tal Carta não previa os chamados direitos de Segunda Geração (KRELL, 2002, p. 46).

Considerando que todos os direitos fundamentais têm aspectos negativos e positivos, a jurisprudência alemã, pautada em direitos de liberdade, passou a entender que a liberdade que preconiza certo direito somente pode ser exercida quando garantidos minimamente.

Na doutrina Pós-Guerra, o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. (SARLET, 2008, p. 19).

A base jurisprudencial da cláusula do mínimo existencial é o sobreprincípio da Dignidade da Pessoa Humana, de modo que se torna possível concluir que o mínimo existencial não necessariamente se confunde com um mínimo vital ou mínimo de sobrevivência. Indiscutível que garantir o mínimo para que um indivíduo sobreviva à fome e as condições climáticas é uma das faces do mínimo existencial, mas pode não ser o suficiente (SARTLET, 2008, p. 22).

O conteúdo da dignidade da pessoa humana pode ser de difícil determinação, por ser – além de um princípio – uma cláusula de conceito fluído, juridicamente indeterminado. Levando em conta o próprio conteúdo semântico de “dignidade”, no entanto, pode-se afirmar que se trata de um sobreprincípio, por abarcar, dentre outros, o direito à vida, à saúde, à intimidade, à privacidade, às liberdades, à segurança, à educação, etc.

A necessária fixação, portanto, do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese sua viabilidade, é, além de condicionada espacial e temporalmente dependente também do padrão socioeconômico vigente. Não se pode, outrossim, negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência evidentemente estará sujeito a câmbios, não apenas no que diz com a esfera econômica e financeira, mas também no concernente às expectativas e necessidades do momento. (SARLET, 2008, p. 20-21).

Ademais, o conceito de dignidade da pessoa humana não pode se desgarrar das situações do mundo à que se insere. O contexto social é variável determinante para a construção de uma vida condigna. Imagine a hipótese em que são garantidos a todos os cidadãos em um Estado todos os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico, na extensão do que corresponde o seu núcleo essencial. É possível que mesmo nestas condições, diante do contexto social, não seja suficiente, a se exigir intervenção por parte do Estado.

Tem-se presente a característica da *máxima efetividade* dos direitos fundamentais. Não há uma fórmula matemática que define os aspectos quantitativos dos direitos fundamentais, no sentido de prover ao particular uma vida de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo a constatação se dar de acordo com o caso fático, isoladamente, resolvendo a tensão existente entre a efetividade, os limites econômicos e a separação dos poderes.

O mínimo existencial, como a porção nuclear do direito fundamental necessária à sobrevivência com dignidade de seu titular, pode ser identificado em cada caso concreto. No que diz respeito ao direito fundamental à previdência por exemplo, há que se verificar se o montante pecuniário recebido pelo aposentado é suficiente para suprir suas necessidades vitais básicas, dentre as quais alimentação, vestimenta, moradia e saúde. No caso do direito fundamental à saúde, há que se observar se a atuação restritiva dos poderes públicos não anula a possibilidade de reabilitação do enfermo, condenando-o à morte em virtude de argumentos como a escassez artificial de recursos. (Olsen, 2008, p. 326).

Vejamos, neste sentido, se o mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais que compõe a dignidade da pessoa humana, tal núcleo não se violaria sobre um argumento da reserva de dinheiro, que, como já visto, é totalmente passível de relativização. A ideia de um mínimo

existencial se fixa como um limite do limite introduzido pela cláusula da reserva do possível.

Colocadas as questões sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, resta a questão da legitimação dos magistrados para demandar sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais.

## **5.2 Poder Judiciário e a Jurisdição Constitucional Contramajoritária**

A proposição de um controle jurisdicional do mérito dos atos discricionários da Administração Pública está indissociavelmente ligada à legitimidade democrática dos juízes.

Um Estado Democrático de Direito apenas se completa em seu estado de ser quando corresponde a um espaço aberto de discussão dos mais diversos componentes da sociedade, sendo as normas que os regem de igual consenso entre todos.

Quer-se dizer que a validade de um ordenamento jurídico somente se alcança quando há aceitação pela sociedade que a este se submete, e quando, de qualquer modo, não há qualquer preterição ao discurso argumentativo de sua validade, podendo ser ratificado e modificado conforme a ideologia político-social ao qual é regido.

A existência dos direitos fundamentais, igualmente chamados de direitos do homem, pressupõe e completa o sentido de um Estado Democrático de Direito. O pensamento se coaduna com o artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, onde dispõe que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”.

Na perspectiva dos direitos fundamentais, a Constituição Federal, enquanto quarta política e jurídica, de preceitos cogentes, sobretudo no aspecto da *máxima efetividade dos direitos fundamentais*, somente encontra legitimidade democrática enquanto garantia de liberdade fática e jurídica a todos os cidadãos.



Há, por assim dizer, uma inter-relação harmônica entre direitos fundamentais e a Democracia.

Entretanto, se a deliberação pública, através do processo argumentativo dialético aberto que pressupõe uma democracia, chega a conclusões, por maioria, que esvaziem de efeitos os direitos fundamentais, há de afirmar por uma relação de tensão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais. Pode-se falar, neste caso, da existência de direitos fundamentais contramajoritários? Ora, se os direitos fundamentais existem para a proteção e promoção das liberdades do homem (jurídica e fática), podem ser objeto de limitação e/ou ataque pela maioria argumentativa?

O ponto da discussão, ao qual se propõe a apresentar a solução o consagrado jurista Robert Alexy, é a previsão constitucional (aqui e na Alemanha) de que todo poder estatal emana do povo. Se há direitos que estão acima da regra majoritária, não podendo os legitimados pelo povo sequer deliberar sobre a sua abolição, em que medida estes direitos se corresponderia com a vontade democrática?

Recai-se aqui numa das principais críticas acerca da atuação jurisdicional na concessão ao particular de um direito fundamental social prestacional, pois atuaria – por vezes – na esfera de discricionariedade decisiva democraticamente legitimada aos Poderes Executivo e Legislativo.

Oportuno, neste momento, que se tracem alguns argumentos acerca da legitimidade da jurisdição para efetivar direitos sociais, tendo em conta o viés antidemocrático dos direitos fundamentais.

Um Estado Democrático de Direito tem a democracia como o governo dos cidadãos, o espaço em que a população, pela maioria, se faz representar para a tomada das decisões. Assim, o Princípio Democrático pressupõe a regra da maioria.

A fórmula majoritária, entretanto, não basta em si para a solução adequada de todas as questões, numa tendência em que se tem por adequado aquilo que não viola os direitos fundamentais do homem. Por assim dizer, a regra majoritária não pode significar uma Ditadura da Maioria.

A igualdade política de um Estado Democrático (e da democracia) não pode, de modo algum, excluir a vontade das minorias, como é característico dos

governos ditatoriais. Neste diapasão, a Constituição Federal fornece um regime democrático, pois não é um fruto da maioria, mas o resultado da soma dos interesses entre maioria e minorias.

Robert Alexy traz o que chama de “quatro extremos” da institucionalização dos direitos fundamentais e a problemática que se põe na coexistência entre tais e o princípio democrático. Explana o jurista alemão que os direitos fundamentais detêm um *grau de hierarquia extremo* – pois representaria o cume da pirâmide Kelsiana –, uma *força de imposição extrema* – pois vinculam a atuação de todos, inclusive dos órgãos estatais –, um *conteúdo extremamente importante* – pois têm como objetos direitos essenciais à liberdade e à dignidade da pessoa humana – e a *medida máxima de necessidade de interpretação*. Este último extremo diz respeito à necessidade interpretativa dos elementos constitucionais, que, não raras vezes, trazem preceitos completamente antagônicos entre si. (ALEXY, 2008, p. 49-50).

O que se põe entre a regra da maioria que compõe a Democracia e a efetividade dos direitos fundamentais como limite é que, os órgãos de representatividade popular, isto é, os poderes Legislativo e Executivo, mesmo que legitimados pela maioria, não podem ultrapassar as barreiras dos direitos fundamentais. A lei geral e abstrata não pode desdizer o que impõe a ordem Constitucional, bem como não pode fazê-lo qualquer outro ato do Executivo.

Além da regra majoritária, a democracia deve ser compreendida com a instituição dos Direitos Fundamentais, que, nestes termos, pode pressupor um fundamento contra a maioria, pois garantem liberdades e a possibilidade de uma vida condigna aos cidadãos, na medida de suas desigualdades.

Os magistrados, enquanto exercentes da função jurisdicional, são investidos no cargo pelo critério do mérito, isto é, ou mediante aprovação em concurso de provas e títulos, ou pelo critério de notório saber jurídico e reputação ilibada. Ainda que não legitimados pela vontade da maioria, o Poder Judiciário se investe como órgão representativo, pois assim como os demais, se vincula aos direitos fundamentais – e aqui se inclui o princípio democrático – por sua *força de imposição extrema*.

Tratam-se, pois, os órgãos dos três poderes, representantes da população. Segundo Alexy, o que difere é o modo com que a representação se dá:

A chave para a solução é a distinção entre a representação política e argumentativa do cidadão. A proposição fundamental: “Todo o poder estatal provém do povo” exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional, argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. O cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo que maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o ocorrer, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos. (ALEXY, 2008, p. 53).

O órgão jurisdicional, enquanto não dependente da simpatia da maioria, atua com liberdade e sem medo da pressão social, tendo como a única máxima a efetivação dos direitos constitucionais, já que a Supremacia da Constituição deve se imperar diante de uma maioria parlamentar, por vezes mais preocupada com os interesses próprios do que os interesses daqueles que o legitimam no poder.

No que tange aos direitos sociais, entretanto, por serem – no mais das vezes – previstos em normas constitucionais programáticas, isto é, aquelas normas cuja regulamentação e (muitas vezes) a aplicabilidade depende da atuação de um órgão estatal, a possibilidade da satisfação destes direitos fundamentais através do Poder Judiciário deve se ater as seguintes problemáticas: a norma programática de direito fundamental social, por sua estrutura, permite a imediata aplicabilidade do direito? O alto custo de promoção dos direitos sociais pode impor limite à sua aplicabilidade? É o que tentamos enfrentar a seguir.

### 5.3 Postulados Normativos Aplicativos: A Solução da Tensão Pela Proporcionalidade

A moderna concepção de um Estado Democrático de Direitos se fixa através da existência de normas jurídicas institucionalizadas, hierarquicamente niveladas, que visam à ampla proteção do cidadão contra o Estado e contra seus próprios pares. Tais mandamentos constitucionais se fundamentam sob a premissa de que qualquer indivíduo detém direitos fundamentais *prima facie*, oponíveis *erga omnes* e executáveis na medida das nuances do caso em concreto. Vejamos, assim, que na atual concepção jurídico-filosófica, não há de se falar em um direito absoluto, seja ele de *status* fundamental ou não.

Desta vista, e decorrente do próprio imperativo protetivo ao Estado, é vasta a gama de direitos fundamentais existentes na Constituição Federal, de modo a legitimar a igualdade entre os homens, através da instituição de liberdades jurídicas e fáticas a todos os indivíduos, possibilitando condições para o exercício da autodeterminação, nos moldes da tão buscada dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana, como já anteriormente esboçado, é um sobreprincípio e norteia toda a atividade Estatal, devendo sempre atuar de acordo com uma *maximização dos direitos fundamentais*, em razão de sua própria dimensão objetiva.

Justamente por não serem absolutos, os direitos fundamentais, embora garantidos de forma *prima facie*, na hipótese de colisão com outros direitos igualmente fundamentais, sofrem restrições na busca de uma solução adequada, sem que, a partir disso, se viole o seu núcleo essencial. É neste sentido que os direitos fundamentais exigem uma *medida máxima de necessidade de interpretação*

Entretanto, se a hipótese verter pela aplicação de um direito fundamental social, a carga de tensão aumenta em razão do problema de identificar a possibilidade jurídica de um direito à prestação, da necessidade de uma atuação positiva por parte do Estado, da determinação do objeto da prestação e da possibilidade fática de satisfação.

Ainda que maior a carga argumentativa que se poria num discurso prático racional, não há de se falar em prevalência absoluta entre qualquer justificativa, seja da necessidade de um mínimo existencial ou de uma reserva do possível. Os valores aqui delineados devem ser flexionados para a obtenção de um resultado justo e equivalente. Por mera ilustração, nos termos da dignidade da pessoa humana, mesmo que ao indivíduo seja imprescindível a garantia de um mínimo para o exercício de suas liberdades, tal necessidade prestacional pode ser atenuada em tempos de crise, de recesso econômico, não podendo a satisfação de necessidades individuais causar a ruína estatal.

Quer-se demonstrar que a fundamentação da possibilidade de um controle da discricionariedade pela jurisdição – que aqui se restringe à possibilidade da efetivação de direitos sociais prestacionais – não pode resultar na conclusão de que ao jurisdicionado se dê tudo. Doutra forma, também não há de se imaginar que objeções à efetivação de direitos fundamentais sociais, como a reserva do possível, resultem em ineficácia, como se a reserva de cofres cheios fosse maior que garantir direitos fundamentais.

Neste embate argumentativo entre os valores em tensão, no atual estágio da ciência jurídica constitucional, a melhor solução somente se alcançaria através da utilização de normas método, os postulados normativos aplicativos. Neste sentido, Alexy:

De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de 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. (2008, p. 512).

Por primeiro, resta afastado, como já se demonstrou no item 3.2.3, a concepção de uma rígida separação dos poderes. Em sendo um direito fundamental o objeto do entrave, não se pode admitir que fosse competência absoluta de um poder a deliberação, observada a supremacia da ordem constitucional. Entretanto, não é de qualquer modo que este controle se perfaz.

Tendo em conta o Brasil como um país periférico ou, como preferem alguns, de “modernidade tardia”, há de se ter cautela na aplicação de teorias importadas de países centrais. Se por um lado a reserva do possível não se justifica enquanto por aqui sequer foi implantando o mínimo de condições para a coexistência digna das pessoas, pelas mesmas razões não há de se levar às últimas consequências uma teoria da necessidade de um mínimo existencial. Seria – no mínimo – utópico imaginar que a jurisdição constitucional tem o condão de dar aplicabilidade generalizada a direitos sociais como o direito ao trabalho ou à moradia, como se a jurisdição constitucional fosse o toque de ouro de Midas.

Recaímos, desse modo, na problemática de quem seria o titular da tutela positiva de um direito social prestacional diante das tensões que cercam o tema. Se, a princípio, os direitos fundamentais têm alcance *erga omnes*, em consonância com o princípio da isonomia, a necessidade de uma reserva do possível, no sentido daquilo que o sujeito poderia razoavelmente exigir do Estado, revelaria a outra faceta do mesmo princípio: a de tratar os desiguais na medida de sua desigualdade. Ilustrando, não seria legítimo a uma prestação fundada no direito de saúde o indivíduo que é economicamente capaz de contratar um serviço privado, sem que isto resulte na diminuição excessiva ou aniquilação de outro direito, seu ou de sua família, igualmente fundamental, como o lazer, o acesso à educação, etc.

Assim, embora seja perfeitamente possível o reconhecimento de direitos públicos subjetivos em normas de direitos sociais programáticas, em termos das condições econômicas de um “país em desenvolvimento”, nem sempre será possível a prestação de um direito social em razão das condições pessoais daquele que a pleiteia.

Por outro lado, o objeto da prestação pretendida que pode ser o empecilho para a realização do direito fundamental a prestação. Neste ponto, convém construir um raciocínio baseado na seguinte dicotomia: há casos em que é impossível a prestação do direito em razão da indisponibilidade do objeto e outros em que embora exista o objeto, a sua prestação demanda um elevado custo econômico.

No primeiro caso, imagine-se a situação de que o indivíduo, pautado no direito social prestacional à saúde, ajuíza demanda para a concessão de remédios custeados pelo Estado para a cura da AIDS. Trata-se, pois, de um objeto impossível

de ser prestado uma vez que – no atual estágio da medicina – não há tratamento médico que resulte cura para tal patologia. Tal conclusão, entretanto, não se pode chegar a falsária ideia de que no caso em tela o Estado se isentaria de qualquer obrigação. Levando em conta a *medida máxima de necessidade de interpretação* dos direitos fundamentais e das condições pessoais do pleiteante, pode haver a obrigação do Estado em fornecer um tratamento de saúde adequado, nos moldes da dignidade humana.

Ainda, imagine-se o caso em que o indivíduo portador de uma patologia grave demande uma ação objetivando o custeio do Estado na compra de remédios de altíssimo valor econômico produzidos no exterior. A princípio, subsiste a necessidade de prestação do Estado, uma vez que razões econômicas não se sobrepõem ao direito à vida. Entretanto, imagine-se que tal remédio, devido à alta procura, não está disponível no mercado. Há, ainda que temporariamente, uma impossibilidade de prestação do objeto, o que não significa que a solução não possa se dar pela aplicação dos postulados normativos aplicativos, viabilizando a característica *prima facie* do direito fundamental e aplicando-o na medida das possibilidades.

Ademais, as nuances do caso concreto apresentaram balizas a serem enfrentadas pelo intérprete na construção do sentido da norma. Por se tratar daquilo que Dworkin chama de *hard cases*, invariavelmente a solução somente se dará por meio da aplicação de uma norma método, os postulados normativos aplicativos.

A doutrina e a jurisprudência brasileira, não raras vezes, entendem pela aplicação do postulado aplicativo da Proporcionalidade para a solução da tensão entre o mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível. Vejamos, entretanto, que a depender do caso em concreto, a solução pode se dar por outros postulados normativos como a concordância prática, a razoabilidade, a ponderação, etc., que demandam menos complexidade – viabilizando a prestação jurisdicional – e resultam em igual eficiência.

Entretanto, por ser o postulado normativo aplicativo da Proporcionalidade o “postulado por excelência”, este será aqui utilizado para tentar uma solução no entrave que norteia a aplicabilidade dos direitos fundamentais em relação aos seus limites fáticos e a necessidade de prover a dignidade da pessoa humana.

Como já esboçado anteriormente, o postulado normativo aplicativo da Proporcionalidade se desdobra em três facetas: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (Ávila, 2010, p. 164).

A adequação exige uma relação entre o meio escolhido e o fim pretendido. Assim, na implantação de uma política pública para satisfazer um direito fundamental são diversas as escolhas possíveis pelo administrador. Entretanto, somente se tem por adequada as ações que correspondem ao fim pretendido, de modo que a escolha de um meio que não justificasse o fim já teria por “desproporcional” a medida tomada.

Por exemplo, a fim de realizar o direito fundamental à moradia para um determinado grupo de pessoas, o Estado pode optar entre construir diretamente casas e fornecê-las gratuitamente à população; pode montar programas de financiamento com alternativas mais vantajosas de crédito, para que cada família construa sua própria residência; pode, ainda, através de incentivos fiscais e benefícios impulsionar empresas privadas para que estas construam as residências e as forneçam diretamente à população. Existem, como pode se observar, diversas formas de realização da prestação material normativamente prevista. Em análise política de conveniência e oportunidade, o Estado acabará por escolher uma delas, em detrimento de outras. Feita esta escolha, há que se ponderar se a alternativa encontrada atende proporcionalmente o direito em questão, ou seja, se a prestação material é suficientemente realizada, dentro dos parâmetros de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (Olsen, 2008, p. 302).

O exame da necessidade se poia na ideia de que o judiciário analisará se havia medida diversa daquela inicialmente tomada pelo poder público que atingiria o mesmo fim só que de forma menos gravosa. Daqui decorre a necessidade de *máxima medida* dos direitos fundamentais. A opção tomada pelo agente público somente será necessária se não havia outro meio de atingir o fim que menos restringisse um direito fundamental.

O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. (Ávila, 2010, p. 172).

Por fim, superadas as questões anteriores, o exame da proporcionalidade em sentido estrito deve corresponder à atividade ponderativa



entre os fins pretendidos com a promoção do direito social e a existência dos limites fáticos, como a reserva do possível. “A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?” (Ávila, 2010, p. 175). A análise parte das casuísticas do caso concreto e demandam um alto grau de argumentação e fundamentação jurídica.

## CONCLUSÃO

A efetividade e aplicabilidade dos direitos sociais é objeto de um incansável discurso jurídico, marcado, por um lado, entre os adeptos de um novo pensar constitucional e, por outro, entre aqueles mais garantistas, restritos às euforias das mudanças.

Os direitos sociais foram alocados no corpo da Constituição Federal como legítimos direitos do homem. Fato que, por si só, já acarreta diversas consequências jurídicas, levando-se em conta dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a característica do *grau de hierarquia extremo* dos preceitos constitucionais.

A partir disto é dever indiscutível do Poder Público e, conseqüentemente, de todos os órgãos que o compõem, atuar em conformidade com o que predispõe a Carta Maior, sob pena de subsistir a ilegalidade.

A realização dos direitos fundamentais, tidos como direitos de segunda geração, depende da atuação positiva do Estado para a sua promoção e aplicabilidade. A instituição de tais direitos somente se justifica sob a ótica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual, em síntese, demanda o exercício e manutenção de uma vida condigna, que somente se obtém com o livre exercício das liberdades fáticas e jurídicas.

Quanto à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, é recorrente o entrave que se põe com a interferência demasiada de um poder sobre o outro, já que a realização dos direitos sociais exige a instituição de políticas públicas pelo Executivo, atuação que se orienta por critérios da discricionariedade. Tal concepção, entretanto, necessita de algumas ressalvas. A primeira é de que o princípio da Separação dos Poderes, fundamental para a manutenção da ordem democrática, há tempos deixou de significar uma rígida separação, como preconizava em sua formulação clássica, que somente engessa a atuação estatal. A segunda diz respeito ao mérito da discricionariedade administrativa, que embora demande certa margem de discricionariedade, não pode, sob qualquer justificativa, deixar de atender os preceitos constitucionais – e aqui se insere os direitos fundamentais

sociais –, tampouco se desgarrar da lei e a sua finalidade. Em contrapartida, é dever do Judiciário a prestação de uma tutela justa, adequada e tempestiva, não podendo a questão da lesão ou ameaça à Dignidade Humana deixar de ser – ao menos – objeto de apreciação pela jurisdição.

O catálogo de direitos fundamentais sociais esculpido na Constituição Federal pode ser compreendido como um sistema aberto de princípios e regras, sendo que, individualmente, o caráter *prima facie* dos direitos fundamentais determina sempre a sua maior promoção, dentro daquilo que demandar o caso em concreto.

Por assim dizer, o entrave aqui colocado poderia facilmente ser resolvido pela constatação de que a Constituição Federal, como centro do ordenamento jurídico-social, determina condutas que à primeira vista parecem antagônicas entre si, mas que na verdade são condições de completude uma das outras. Tal natureza conflitual dos preceitos constitucionais, neste caso, pode ser resolvida pela relação de precedência dos direitos sociais, enquanto legitimados pela vontade democrática, devem a todo custo serem promovidos.

Reconhecidos os direitos a prestações sociais como de direito subjetivo, no processo de transição para o mundo dos fatos, a aplicação dos direitos fundamentais sociais igualmente sofre restrições argumentativas. É o caso, por exemplo, da impossibilidade fática e técnica do judiciário aferir e controlar as políticas públicas e da cláusula da reserva do possível.

O Poder Judiciário, enquanto exercente de uma função pública, de fato, não é o órgão melhor preparado para a instituição de políticas públicas de direito social, faltam-lhe equipamentos, pessoal especializado, conhecimentos específicos do magistrado, etc. Por outro lado, o Poder Executivo, enquanto destinatário desta função, não raras vezes, compõe-se por representantes eleitos desprovidos de conhecimentos técnicos de administração, mas tão somente demagogos, sendo que a análise técnica é cabida a terceiros, o que em âmbito jurisdicional, poderia facilmente ser elaborado por Peritos.

Quanto ao limite econômico, decorrente do alto custo de promoção dos direitos fundamentais sociais, de fato, encontram-se barreiras de difícil transposição para a aplicabilidade dos direitos. Como já se assinalou, entretanto, a cláusula da

reserva do possível não pode ser invocada como argumento absoluto da atuação jurisdicional para aplicação dos direitos fundamentais, como se o limite econômico fosse característico de tais direitos.

O viés dos direitos fundamentais sociais, associado à ideia de um agir constitucional adequado a países de modernidade tardia, todavia, culmina com a premente necessidade de minimizar o abismo social, não podendo os limites econômicos do orçamento público, determinados pelo agir discricionário da Administração, se sobreporem ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Esta relação de tensão entre os diversos fatores acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, colidentes entre si, somente pode ser pacificada mediante a aplicação de postulados normativos aplicativos, de modo a legitimar racionalmente a decisão, afastando o subjetivismo.

O fator determinante desta constatação é que o particular não pode alegar um direito absoluto, galgado a partir da teoria do mínimo existencial, nem o Poder Público pode de todo modo ter a reserva do possível como embargo à prestação.

Cabe ao Poder Judiciário, legitimado pela democracia argumentativa, num processo de amplo debate jurídico e de cooperação entre as partes, contornar todas as balizas existentes atualmente no ordenamento jurídico para a satisfação de direitos fundamentais a prestações originárias, observando sempre os elementos que os limitam, para prover uma tutela justa, adequada e tempestiva, afastando-se ao máximo o subjetivismo, mas, de todo modo, logrando na aplicação da justiça.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Tradução Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. Tradução Luís Afonso Heck. **Constitucionalismo Discursivo**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

DWORKIN, Ronald. Tradução Nelson Boeira. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos e um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Método, 2007.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. São Paulo: IBRASA, 1963.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PORT, Otávio Henrique Martins. **Os Direitos Sociais Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.